



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

DISSERTAÇÃO REALIZADA NO ÂMBITO DO MESTRADO EM DIREITO E  
PRÁTICA JURÍDICA NA ESPECIALIDADE DE DIREITO PENAL

**O TRATAMENTO MÉDICO E A SUA RECUSA: UMA ANÁLISE À LUZ  
DO DIREITO PENAL**

Sob a orientação do Professor  
Doutor Augusto Silva Dias

RAFAELA ALEXANDRA DO VALE NOIVO

LISBOA  
2018

## **AGRADECIMENTOS**

A realização desta tese não teria sido possível sem o contributo, direto ou indireto, de diversas pessoas que estiveram presentes nestes meses de pesquisa e escrita.

Em primeiro lugar, cumpre agradecer ao Sr. Professor Augusto Silva Dias que, com toda a sua experiência e saber, partilhou comigo as suas opiniões e críticas que muito acrescentaram a este trabalho.

Um enorme obrigada aos meus pais a quem devo muito, nomeadamente a possibilidade de ter feito este curso. Foram muitas as horas que abdicaram da minha presença em prol desta realização pessoal.

Ao João, por ser o meu braço direito, o meu apoio e ter uma confiança indiscreto em mim. Por sempre ter dito que eu era capaz e me ter acompanhado nesta jornada pouco tranquila. A ajuda que sempre me ofereceu e a sua expressão “vai funcionar” foram, muitas vezes, o meu pilar. Por nunca me ter deixado desanimar e entender as minhas ausências.

À minha família, em especial aos meus avós, por sempre se terem preocupado comigo e com o meu percurso académico, mantendo, ainda que de uma forma incompreensível, o orgulho que têm em mim.

Aos meus amigos que ao longo destes meses me incentivaram e, com um carinho acrescido, aos que fizeram a tese ao mesmo tempo que eu e com quem partilhei todas as dificuldades e obstáculos que nos eram comuns. A entreaajuda foi algo fundamental.

Ao Filipe por acabar por ser mais do que meu chefe. À sua paciência infindável e, acima de tudo, compreensão por esta fase mais difícil. Por ter despendido tempo a analisar a dissertação e a ter discutido comigo, apresentando as suas críticas que muito me ajudaram e fizeram raciocinar.

Um muito sincero obrigada ao Sr. João Oliveira, da Biblioteca da Ordem dos Advogados, por ter sido incansável não só para a tese, mas ao longo destes 6 anos de Faculdade. A sua disponibilidade e prontidão tornaram esta tese possível.

## RESUMO

O avanço da medicina, por muito vantajoso que possa ser, acarreta também dificuldades para os profissionais de saúde e para os pacientes.

Atualmente verificamos, pelo menos na maior parte dos campos que à medicina diz respeito, uma mudança de paradigma. Abandonou-se a época de paternalismo que se encontrava presente na época de Hipócrates dando-se lugar ao surgimento do princípio da autonomia do paciente.

Com esta evolução surge o conceito de consentimento, algo que foi tomando contornos mais vinculados à medida que o paciente, enquanto parte nas intervenções médicas, foi assumindo um papel mais relevante.

Ao longo da dissertação iremos centrar a nossa atenção nos casos de recusa de tratamento médico, com especial incidência nas transfusões de sangue. Esta recusa, ainda que possa ter como fundamento diversos motivos recairá, essencialmente, na que tenha por base motivos religiosos. Falamos aqui das Testemunhas de Jeová.

Hoje em dia é impensável, salvo raras exceções, proceder-se à realização de um tratamento ou intervenção médica sem, a título prévio, se obter o consentimento do doente para a mesma. As atuações dos profissionais de saúde já não se realizam à margem do paciente, antes pelo contrário. O doente é, nos nossos dias, o detentor do poder quanto ao destino da sua saúde.

As exceções que se verificam à ideia que *supra* se mencionou prendem-se, essencialmente, com a incapacidade, isto é, caso um paciente não reúna os pressupostos necessários para prestar o seu consentimento, não poderá este decidir sobre a atuação dos médicos.

As situações tendencialmente mais problemáticas ou que, pelo menos, mais discussão têm criado, situam-se nos menores. Estes, em virtude da idade que possuem são tidos como incapazes para decidir relativamente a questões médicas, nomeadamente à recusa de um tratamento. Como se verá, neste tópico a solução que tem sido apresentada não é alvo de concordância por nós, suscitando-se muitas questões que, salvo melhor opinião, deveriam ser melhor apreciadas.

Nesta dissertação serão também abordados os contornos das DAV, nomeadamente, qual o fundamento da sua existência, que pressupostos têm de se

encontrar como preenchidos para que sejam válidas e qual a relevância que lhes deve ser atribuída, isto é, procurar-se-á determinar se têm carácter vinculativo ou indicativo.

Ainda referente à recusa de tratamento médico será abordada a existência de tratamentos alternativos às transfusões de sangue, os riscos que se encontram associados às mesmas e, ainda, se o paciente que recusa uma transfusão de sangue com base em motivos religiosos pode ser considerado um suicida.

Entendemos que a doutrina, não tem acompanhado totalmente a evolução que se tem feito sentir no seio da medicina, olvidando ou, até mesmo, não conhecendo que existem tratamentos alternativos às transfusões de sangue que não comportam riscos e que deveriam ser garantidos ao paciente. Só desta forma poderá este ter um verdadeiro direito de escolha e não se encontrar confrontado com o cenário de “se não escolheres a transfusão de sangue, não és tratado”. Se existem tratamentos alternativos, afigurando-se como mais benéficos e comportando menos custos, não poderá o paciente ver a sua vontade negada e ser equiparado a um suicida. Também no caso dos menores consideramos que alguns pontos não são corretamente avaliados, nomeadamente na ausência de atribuição de poder decisório aos pais quando decidam de forma contrário ao que o profissional de saúde entende ser o melhor para o menor.

Assim, em alguns aspetos, partimos do entendimento de que a recusa de tratamento médico poderá, ainda, ver-se presa numa lógica de paternalismo médico, não retratando, como devia, o princípio da autonomia do paciente. Ao longo da exposição que se segue deixaremos mais clara esta ideia com base em diversos argumentos.

**Palavras-chave:** tratamento médico; recusa; transfusão de sangue; consentimento; menores

## **ABSTRACT**

The development of medicine, however advantageous it may be, it also poses difficulties for health professionals and patients.

We are now seeing, at least in most fields that concern medicine, a paradigm shift. The period of paternalism that was present in the time of Hippocrates was abandoned, giving rise to the emergence of the principle of patient autonomy.

With this evolution emerges the concept of consent, something that was taking more defined contours as the patient, as part of the medical interventions, took on a more relevant role.

Throughout the dissertation we will focus our attention on cases of refusal of medical treatment, with a special focus on blood transfusions. That refusal, although it may be based on several grounds, will depend essentially on that which is based on religious grounds. We speak here of Jehovah's Witnesses.

Nowadays it is unthinkable, with rare exceptions, to carry out a treatment or medical intervention without, prior to obtaining the consent of the patient to the treatment. The actions of health professionals are no longer performed on the patient without his knowledge, rather the opposite. The patient is, in our day, the holder of power as to the fate of his health.

The exceptions to the idea mentioned above relate essentially to incapacity, that is to say, if a patient does not meet the necessary conditions to give his consent, he can not decide on the performance of the doctors.

The situations that tend to be more problematic or that, at least, more discussion have created, are about minors. These, by virtue of their age, are considered to be incapable of deciding on medical matters, in particular refusal of treatment. As will be seen, in this topic the solution that has been presented is not agreed upon by us, raising many questions that, unless there is a better opinion, should be better appreciated.

In this dissertation we will also discuss the contours of the declarations of anticipated will, namely, what is the basis of their existence, what assumptions have to be fulfilled in order to be valid and what relevance should be attributed to them, that is, we will try to determine whether they are binding or indicative.

Also regarding the refusal of medical treatment it will be addressed the existence of alternative treatments to blood transfusions, the risks associated with them, and also if the patient who refuses a blood transfusion based on religious grounds can be considered a suicide.

We understand that the doctrine has not fully followed the evolution that has been felt in medicine, forgetting or even not knowing that there are alternative treatments to blood transfusions that do not carry risks and that should be guaranteed to the patient. Only in this way can he have a real right to choose and not be confronted with the scenario of "if you do not choose the blood transfusion, you are not treated". If there are alternative treatments, which seem to be more beneficial and cost-saving, the patient will not be able to see his will denied and be treated as suicidal. Also in the case of minors we consider that some points are not correctly evaluated, namely in the absence of decision-making power for parents when they decide contrary to what the health professional believes is best for the child.

Thus, in some respects, we start from the understanding that the refusal of medical treatment may still be caught in a logic of medical paternalism, not portraying, as it should, the principle of patient autonomy. Throughout the discussion that follows we will make this idea clearer on the basis of several arguments.

**Keywords:** medical treatment; refusal; blood transfusion; consent; minors

## NOTA QUANTO A CITAÇÕES

Serve a nota em questão para esclarecer quanto ao modo de citação que será adotado na presente dissertação.

No que se relaciona com as monografias, seguir-se-á a seguinte ordem: autor (iniciando-se pelo seu apelido), título, volume (quando a obra contenha), número e local de edição, editora, ano e paginação; estando em causa um analítico (seja obra coletiva ou uma publicação periódica), a ordem será: autor (mais uma vez indicando-se primeiro o apelido), título do artigo do autor, título da obra coletiva ou publicação periódica, volume e número da publicação, data e paginação.

Esta ordem será seguida apenas para a primeira indicação de cada obra. A partir desse ponto será referenciado apenas o autor seguindo-se da expressão *Ob. cit.* e respetiva indicação de página(s). Se, porventura, existirem várias obras do mesmo autor, a nota respeitará o seguinte: autor, parte do título, *Ob. cit.*, e página(s) em causa.

Existindo várias menções seguidas ao mesmo autor e obra, utilizar-se-á unicamente a expressão *Idem* seguida da paginação ou *Ibidem* se a(s) página(s) forem iguais às da nota imediatamente anterior.

No que diz respeito ao Acordo Ortográfico, cumpre referir que a dissertação segue o Acordo atual.

Mais acresce que no que se relaciona às citações de autores estrangeiros, manteve-se o idioma das mesmas, não tendo sido elaborada tradução para estas.

## ÍNDICE DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Ac.	– Acórdão
a.C.	– Antes de Cristo
CC	– Código Civil
CCCP	– Comentário Conimbricense do Código Penal
CD	– Código Deontológico
CDDD	– Carta dos Direitos e Deveres dos Doentes
CDOM	– Código Deontológico da Ordem dos Médicos
CEDH	– Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CEDHB	– Convenção Europeia dos Direitos do Homem e da Biomedicina
CNECV	– Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida
CP	– Código Penal
CRP	– Constituição da República Portuguesa
DAV	– Declaração Antecipada de Vontade
DL	– Decreto Lei
DLAMM	– Declaração de Lisboa da Associação Médica Mundial
DUDH	– Declaração Universal de Direitos Humanos
INE	– Instituto Nacional de Estatística
LBS	– Lei de Bases da Saúde
PCS	– Procurador de Cuidados de Saúde
Reg.	– Regulamento
RENTEV	– Regime Nacional de Testamento Vital
ss.	– Seguintes
STJ	– Supremo Tribunal de Justiça
TRC	– Tribunal da Relação de Coimbra
TRL	– Tribunal da Relação de Lisboa



# Índice

1. Introdução .....	1
2. A medicina e os seus progressos: uma nova realidade para os pacientes .....	6
3. Consentimento .....	12
3.1 Uma aproximação aos seus contornos .....	12
3.2 Pressupostos do consentimento .....	14
• Manifestação de vontade em momento prévio ao tratamento.....	14
• A capacidade.....	15
• A Informação .....	16
3.3 Extensão da medida de informação a transmitir .....	20
3.4 Dispensa de consentimento, existe? .....	23
4. Declaração Antecipada de Vontade .....	30
4.1 No que consiste .....	30
4.2 O seu âmbito .....	31
4.3 Os requisitos a que estão sujeitas .....	33
4.4 Valor que lhes é atribuído .....	38
5. O tratamento médico .....	43
6. A recusa de tratamento médico .....	47
6.1 Pelo paciente .....	47
6.2 Riscos das Transfusões de sangue .....	55
6.3 Existência de tratamentos alternativos .....	59
6.4 A opinião dos médicos .....	62
6.5 Existe uma equiparação ao suicídio? .....	64
7. Em especial: o caso dos menores .....	70
7.1 O enquadramento do problema .....	70
7.2 As normas a considerar.....	70
7.3 A consideração da capacidade .....	72
7.4 O critério da idade.....	75
• Os menores com idade igual ou superior a 16 anos .....	75
• Os menores com idade inferior a 16 anos .....	76
7.5 O critério do discernimento necessário.....	78
7.6 Recusa dos menores face a determinado tratamento médico .....	81

7.7	A quem incumbe decidir em caso de incapacidade do menor? .....	84
8.	Posição adotada .....	91
9.	Conclusão .....	105
10.	Bibliografia .....	109
•	Monografias e Dissertações de Mestrado .....	109
•	Analítico .....	111
•	Documentos online .....	113
a.	Estudos e artigos.....	113
b.	Jurisprudência e Pareceres .....	116
c.	Publicações de Imprensa .....	117

## **1. Introdução**

A medicina é sinónimo de complexidade. Esta justifica-se não só pelo número de intervenientes que podem constituir uma equipa médica – desde médicos, enfermeiros, anestesistas, entre outros – mas também pela necessidade de se conciliarem diversos interesses, seja o interesse dos profissionais de saúde, seja o interesse dos pacientes.

Por vezes, o que os médicos têm como melhor e mais benéfico para os pacientes, pode não ser aceite por estes. O conceito de “melhor” pode ser diferentemente interpretado consoante a pessoa em causa, o que leva a opiniões divergentes.

Assim, ainda que ambas as partes sejam orientadas, em abstrato, para um bem comum – a cura do paciente – nem sempre o meio de o alcançar é coincidente.

Neste contexto surgem importantes questões relacionadas com o tratamento médico: caso o médico ache que o doente precisa de tratamento, poderá este recusá-lo? Se sim, existem requisitos para essa recusa ou poderá ser feita livremente? Existem exceções? O que dizer dos menores que querem recusar um tratamento médico? Terão estes capacidade para tomar esta decisão? Em caso negativo, haverá alguém que se possa substituir ao menor e decidir por ele? Quais as consequências que impenderão sobre o médico caso este não respeite a recusa de tratamento médico do doente?

Estas e outras questões serão respondidas ao longo da presente dissertação.

Procurar-se-á, em primeiro lugar, fazer um breve enquadramento das mudanças significativas que têm ocorrido na medicina não só a nível de tratamento, mas também no que concerne à relação médico-paciente e ao papel deste último desde o surgimento da medicina até à atualidade.

De seguida, importa analisar um conceito que surgiu tardiamente, mas que tem sido amplamente analisado e considerado não só pela doutrina, mas também pela jurisprudência. Falamos aqui do fenómeno do consentimento. Este termo também não é tido como linear, levantando diversas questões que são de importante consideração. Na análise deste tópico serão abordados diversos pontos: em primeiro plano, será feita uma breve contextualização do consentimento partindo-se, seguidamente, para os problemas em concreto que estão subjacentes a este tema. Iniciar-se-á, desde logo, pelos pressupostos que são exigidos para que o consentimento seja válido, em especial, no requisito da informação e, também, na

discussão em torno da possibilidade de o médico não se guiar pela vontade do paciente, isto é, sabendo o médico que a vontade do paciente seria não se submeter a determinado tratamento médico, poderá este, em alguma circunstância atuar em violação à referida vontade do paciente?

Ainda, dedicar-se-á um capítulo à DAV, a qual tem assumido um maior relevo entre nós e que, atualmente, já é alvo de dedicação por parte de diversos autores. Neste ponto levantam-se também diversas questões pertinentes, indo desde a sua admissibilidade até aos seus requisitos e valor que poderão ter no nosso ordenamento.

Posteriormente incidiremos sobre o tratamento médico e a análise de uma possibilidade de recusa do mesmo. Centrar-se-á a atenção nos casos das transfusões de sangue. Face a todas as problemáticas que aqui se colocam, o tema será abordado, em primeiro lugar, em termos gerais e, posteriormente, incidir-se-á sobre pontos específicos, tais como: as opiniões dos médicos quanto à recusa do paciente em aceitar um tratamento que de acordo com o entender dos profissionais de saúde, no mínimo, melhorará o estado do doente, quais os riscos associados à aceitação de uma transfusão de sangue, a existência – ou não – de tratamentos alternativos e, se podemos equiparar os casos de recusa de tratamento médico ao suicídio.

Ainda dentro dos contornos da recusa de tratamento médico, mas com um especial enfoque, será analisado o caso dos menores. Aqui, o objetivo é verificar se a sua situação de menoridade é, de algum modo, impeditiva de estes decidirem se querem ou não ser sujeitos a um tratamento médico. Será o critério da idade – o qual possibilita a aferição da capacidade – o único a ter em conta? Se se considerar que um menor não tem capacidade para decidir, quem o deverá fazer? E se, porventura, se atribuir o poder decisório aos pais, mas estes atuarem – no entender da comunidade e dos profissionais de saúde – em sentido contrário ao que alegadamente se deverá ter como melhor interesse da criança? Existirá alguma forma de reação? E será sequer admissível impedir que os pais decidam pelo menor só porque a decisão que tomam não vai de acordo com o que outros consideram como mais correto? A análise deste tema levantará muitas questões e muitas divergências de opiniões. Estamos perante assuntos delicados e já analisados pela doutrina. Ainda assim, continuam a verificar-se respostas não unânimes e aspetos que parecem não ser devidamente considerados. A análise seguirá uma lógica de

estudo de algumas normas do código civil quanto à capacidade dos menores, seguindo-se o seu enquadramento no direito penal. De qualquer modo, buscar-se-á dar resposta às inúmeras perguntas que, como se viu e como se verá, podem ser colocadas.

Propomo-nos a acompanhar a análise das questões de acordo com o entendimento da doutrina e também da jurisprudência nacional e internacional. Por questões de organização a análise jurisprudencial será feita, em cada capítulo, isto é, para cada tema controverso procurar-se-á fazer referência a alguma jurisprudência analisando qual tem sido o entendimento da mesma e, quando assim se justifique, expressar a nossa concordância ou discordância.

Por último, a nossa opinião sobre as diversas questões suscitadas será dada apenas no final, salvo raras exceções. Esta organização permitirá compilar, em jeito de lembrete, todas as questões polémicas que foram abordadas ao longo desta tese e, aí, manifestar a posição tomada sobre as mesmas.

## **2. A medicina e os seus progressos: uma nova realidade para os pacientes**

Considera-se que a medicina surgiu com Hipócrates<sup>1</sup>, sendo este denominado “pai da medicina”. O seu contributo foi de tal forma importante que hoje temos o Juramento de Hipócrates<sup>2</sup>, o qual visa guiar o desempenho da atividade médica.

Inicialmente a medicina poderia ser caracterizada – quando comparada com a atualidade – como algo arcaico ou rudimentar. Efetivamente o conhecimento que os médicos tinham não se assemelha ao que conseguem alcançar hoje.

Ao contrário do que sucede atualmente, as probabilidades de os doentes falecerem eram extremamente elevadas. Os médicos não tinham a possibilidade de conhecer as doenças, os seus efeitos e as suas causas como conhecem nos nossos dias. O tratamento médico não era efetuado nas condições que atualmente o é. Não se recorria a hospitais e não se dispunha de máquinas de raio X, ressonância magnética, entre outras.

Tal facto deve-se, não só, a uma descoberta diária de novas técnicas, tratamentos e soluções, mas também ao contributo de outras ciências que influenciam o exercício da medicina.<sup>3</sup>

O facto de a medicina se encontrar em constante mudança – muito justificada pelas inúmeras investigações realizadas – permite descobrir cura para doenças que até então eram terminais, levando também ao “*extraordinário desenvolvimento da técnica dos transplantes e dos recursos que podem ser utilizados para retardamento da morte.*”<sup>4</sup> Tais avanços permitem, sem margem para dúvida, uma maior esperança média de vida.<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Hipócrates viveu entre 460 a.C. e 370 a.C.

<sup>2</sup> Juramento habitualmente feito pelos estudantes de medicina, aquando a sua formatura, comprometendo-se a desempenhar as suas funções de um modo honesto. Pensa-se que este juramento terá sido, inclusivamente, escrito por Hipócrates.

<sup>3</sup> Tomemos como exemplo o crescimento da tecnologia. Este desenvolvimento coloca à disposição dos médicos equipamento que, ou era desconhecido até ao momento ou, caso já existisse, era utilizado numa versão inferior à que está disponível hoje. As mudanças na tecnologia permitem que os médicos façam diagnósticos mais precisos e mais rápidos.

<sup>4</sup> GODINHO, Adriano Marteleto, “*Direito ao próprio corpo: direitos de personalidade e os atos de limitação voluntária*”, Curitiba: Juruá, 2014, pp. 41 e ss.

<sup>5</sup> Tal facto pode ser confirmado através de estatísticas do INE. Este estudo compara a esperança média de vida à nascença entre os anos 2010 a 2016, analisando tanto a esperança média de vida das mulheres, como a dos homens fazendo, ainda, a média de ambos. Este estudo foi consultado pela última vez a 21 de Maio de 2018 e encontra-se disponível em: [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_indicadores&indOcorrCod=0001724&co\\_ntexto=bd&selTab=tab2](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrCod=0001724&co_ntexto=bd&selTab=tab2).

Ainda assim, o avanço que se faz sentir na medicina não se direciona apenas a novas técnicas e soluções, mas também à relação médico-paciente.

Regressando a Hipócrates, o seu marco ficou conhecido como uma época onde reinava o paternalismo. Esta ideia de paternalismo surge num contexto de oposição entre dois princípios: a beneficência e a autonomia.

Ora, partindo do entendimento de que a função do médico é curar o doente e tirá-lo de uma possível situação de perigo, procurando alcançar o melhor resultado para o mesmo mediante o seu empenho e numa lógica de tudo ou nada, por vezes é difícil conciliar este objetivo com o respeito pela vontade do doente.<sup>6</sup> Quando levado a extremos, o princípio da beneficência pode dar lugar a um cenário onde a vontade do médico é a única a ser considerada.

Era esta a realidade que se vivenciava com Hipócrates. Aqui, ainda que se visasse o interesse e a salvação do doente, não era considerada a opinião deste para a tomada de decisão. Conforme menciona LAURA FERREIRA SANTOS *“nessas circunstâncias, os cuidadores de saúde geririam a saúde do cidadão-doente segundo o que lhes parecia defender os seus melhores interesses,<sup>7</sup> desinteressando-se de saber se esses denominados melhores interesses obtinham o acordo do próprio doente, ou seja, se essa era uma defesa que ele próprio assumia como sua, por considerar que estava de acordo com a sua mundovisão e, portanto, com a sua noção de “bem”*”.<sup>8</sup>

Assim, fica evidente que apesar de o médico atuar com a intenção de produzir um bem para a saúde do doente, a opinião deste não era relevada. Partia-se do entendimento de que o doente não era dotado de capacidade suficiente para entender todos os contornos do problema, nomeadamente o que é que a doença envolvia, quais os perigos e, conseqüentemente, ter conhecimento suficiente para saber qual a decisão que deveria tomar. E, ao mesmo tempo, também se afirmava que se o doente fosse envolvido neste processo – quer tendo um mínimo de

---

<sup>6</sup> Vontade esta que, no entender dos médicos, poderá não ser sempre coincidente com o que os primeiros entendem como a melhor solução para a doença do paciente.

<sup>7</sup> Será feita uma breve referência ao conceito de melhor interesse em momento posterior, nomeadamente sob o ponto 3.4 *Dispensa de consentimento, existe?*, o qual se encontra nas pp. 27 e ss.

<sup>8</sup> SANTOS, Laura Ferreira, *A Recusa de Tratamento Médico em Portugal: Questões de Filosofia, Direito, Saúde e Educação*, p. 24, opinião defendida no Parecer N.º 19 em que a mesma foi relatora enquanto membro da Comissão de Ética para a Saúde da Administração Regional de Saúde do Norte, 2010, p. 23, última vez consultado a 21 de Maio de 2018, e pode ser consultado em <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/15260/1/Recusa%20de%20tratamento.pdf>.

conhecimento, quer não – poderia optar por algo oposto ao que o médico entendia ser o melhor.

Este entendimento é facilmente retirado das palavras de Hipócrates ao afirmar que *“as coisas sagradas não se revelam senão aos homens sagrados, é proibido comunica-los aos profanos, porque não foram iniciados nos mistérios da ciência”*.<sup>9</sup>

Nesta medida, prevalecendo a opinião do médico – até mesmo por desconhecimento do que seria o entendimento do doente visto que a sua opinião não era considerada – muitas das vezes eram violadas as crenças e os valores que o paciente defendia.

Na época em apreço o doente limitava-se a aceitar a opinião do médico, partindo do pressuposto e confiando que este agiria em busca do melhor para ele.

Atualmente, a ideia de paternalismo foi abandonada. Ainda que o médico continue a atuar visando o melhor para o paciente, este caminho já não é feito à margem do doente. Pelo contrário, o conceito de paternalismo deu lugar ao conceito de autonomia.

A opinião do paciente é o centro da atividade médica, não podendo este agir em desrespeito da mesma, ainda que na sua opinião aquela não seja a decisão que leve à melhor solução para a saúde do paciente. Expressando o entendimento de VERA LÚCIA RAPOSO, *“hoje em dia o consentimento do paciente afirmou-se como uma autónoma lex artis, ou seja, faz parte das boas práticas médicas requerer o prévio consentimento livre e esclarecido do paciente, (...) sendo que a violação desta regra de conduta médica acarreta, em si e por si, responsabilidade disciplinar, deontológica e jurídica para o profissional médico, ainda que o paciente não tenha sofrido qualquer dano físico e, bem pelo contrário, haja sido curado do mal que o afligia”*.<sup>10</sup>

De acordo com o afirmado por MARTA REIS DE MELO *“o tratamento médico não pode ocorrer à revelia do doente. A sua vontade, baseada no princípio da autonomia e autodeterminação, não pode ser ignorada, ultrapassada ou contrariada. Se o doente*

---

<sup>9</sup> OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de direito da medicina*, Vol. 1, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 92.

<sup>10</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *“Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português, in Revista Peruana de Ciências Penales*, 1 de Novembro de 2013, pp. 1 e ss., disponível em [http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo\\_VLR - Do Regime das Intervencoes Medico-Cirurgicas Arbitrarias no Codigo Penal Portugues -Out2013-.pdf](http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo_VLR_-_Do_Regime_das_Intervencoes_Medico-Cirurgicas_Arbitrarias_no_Codigo_Penal_Portugues_-Out2013-.pdf), última vez consultado a 29 de Maio de 2018.



*não estiver de acordo ou recusar um qualquer ato de diagnóstico ou de tratamento, não há nada a fazer, mesmo se a sua decisão for errada ou prejudicial para a sua saúde”.*<sup>11</sup>

Verifica-se, agora, uma paridade entre a posição do médico e a do paciente. A relação que é estabelecida entre ambos é assente no respeito mútuo. E, esta nova caracterização da relação médico-paciente, comporta o dever de informação a este último, ou seja, o médico, para que possa atender à opinião do paciente sobre determinada intervenção ou questão que influencie a sua saúde, tem a obrigação de informar o paciente sobre os riscos associados ao tratamento, quais os tratamentos alternativos, entre outros aspetos. Só quando o doente dispuser de toda<sup>12</sup> a informação é que poderá tomar uma decisão fundamentada, ponderando diversas hipóteses, nomeadamente os prós e os contras.

Só quando o doente tiver, em seu poder, a informação suficiente para tomar uma decisão que considere mais adequada para si é que poderá prestar ou não o seu consentimento<sup>13</sup> para a realização de determinado tratamento médico.

O relevo que o princípio da autonomia tem ganho, acarreta repercussões no que se relaciona com os direitos das pessoas doentes. Efetivamente, a manifestação destes princípios faz sobressair a consideração que é dada à dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana foi de tal modo aceite que,

---

<sup>11</sup> MELO, Marta Reis de, *A importância do consentimento: independência médica vs. autodeterminação do doente*, in *Maia Jurídica* – Maia: Associação Jurídica da Maia, Revista de Direito, 2003, A. 3, N.º 1 (2005), p. 63.

<sup>12</sup> A doutrina tem-se pronunciado sobre o nível de informação que deverá ser transmitida ao paciente. Questiona-se se o médico terá de dar um conhecimento ao doente de forma exaustiva ou se poderá transmitir apenas o necessário. Este ponto é importante porque terá de se definir, de antemão, o que é que se pode entender como “informação necessária”. Ao mesmo tempo, a delimitação deste conceito permitirá aferir se o médico terá cumprido a obrigação de informar o paciente a ponto de este tomar uma decisão fundamentada ou se, ao invés, a informação transmitida fica aquém da que seria tida como necessária ou conveniente para que o doente conseguisse ponderar todos os fatores em causa. Tal ponto será abordado posteriormente. *Vide* pp.. 20 e ss. sob o tópico “*extensão da medida de informação a transmitir*”.

<sup>13</sup> O consentimento remonta ao séc. XIX apesar de ter assumido maior relevo no séc. XX. Revela-se, inicialmente, com a necessidade de informação do doente com especial enfoque nos riscos associados ao tratamento médico. Apesar de ter a sua origem associada aos tribunais americanos, rapidamente se propaga a diversos ordenamentos jurídicos. Hoje o consentimento é direcionado, em larga escala, aos direitos dos doentes.

atualmente, se encontra abundantemente consagrado tanto a nível de direito interno<sup>14</sup>, como num plano internacional.<sup>15</sup>

Aqui – na temática do consentimento – surgem inúmeros problemas. Apesar de a necessidade de consentimento do paciente constituir um corolário deste avanço da medicina, também originou adversidades para os médicos. À medida que os princípios em causa ganhavam mais estrutura e, ao mesmo tempo, se afastava da época do paternalismo, questões complexas iam surgindo e que, até hoje, ainda são alvo de ampla discussão.

A exigência de consentimento, enquanto requisito prévio para uma atuação por parte do médico limita, desde logo, o campo de ação do mesmo. Não poderá, agora, o médico agir em prol do bem do paciente – pelo menos de acordo com o seu entendimento – sem a autorização deste último. E, por vezes, poderá o médico ver-se confrontado com uma má decisão do paciente quanto à sua saúde e não poder reverter a situação dada a impossibilidade de atuar sem o consentimento deste. Assim, a ampla experiência e saber que o médico tem, seja sobre o modo de tratar a doença, seja sobre os riscos associados, entre outros, pode, por vezes, ser posto em segundo plano pela resolução tomada pelo paciente a qual, poderá não se afigurar como a indicada.

Em suma: a ideia de paternalismo clínico provinda de Hipócrates, a qual se traduzia na circunstância de as decisões sobre a saúde dos pacientes serem única e

---

<sup>14</sup> Pode referir-se, desde logo, o art. 1º da CRP, segundo o qual *“Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária”*; o N.º 1 da CDDD cuja epígrafe é *“O doente tem direito a ser tratado no respeito pela dignidade humana”*, seguindo-se a explicação do mesmo; também o art. 31º do CDOM, de acordo com o qual *“O médico que aceite o encargo ou tenha o dever de atender um doente obriga-se à prestação dos melhores cuidados ao seu alcance, agindo sempre com correcção e delicadeza, no exclusivo intuito de promover ou restituir a saúde, conservar a vida e a sua qualidade, suavizar os sofrimentos, nomeadamente nos doentes sem esperança de cura ou em fase terminal, no pleno respeito pela dignidade do ser humano”*; e, por último, o art. 7º, a) do DL 101/2006 que menciona *“A Rede assenta na garantia do direito da pessoa em situação de dependência: a) À dignidade”*.

<sup>15</sup> Mencione-se o art. 1º da DUDH, *“Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade”*, bem como o art. 1º da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e da Dignidade do Ser Humano face às Aplicações da Biologia e da Medicina que prevê *“As Partes na presente Convenção protegem o ser humano na sua dignidade e na sua identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais face às aplicações da biologia e da medicina (...)”*.

exclusivamente tomadas pelos médicos, foi hoje substituída pelo conceito de autonomia do doente, podendo este optar pela solução que, no seu entender, é a mais correta para resolver o seu problema ainda que, na opinião do médico, tal não se afigure da mesma forma. A inexistência de informação ao paciente sobre o estado concreto da sua saúde, a sua doença, os tratamentos possíveis e riscos associados deu lugar, de modo inquestionável, à obrigatoriedade de comunicação ao paciente de todos estes fatores. Só através do cumprimento da obrigação de informação é que o paciente poderá tomar uma decisão fundamentada sobre o modo de agir, consentindo ou não – ainda que de modo livre e esclarecido<sup>16</sup> – em determinado tratamento médico.

Deste modo cumpre colocar as seguintes questões: terá o médico perdido, totalmente, a possibilidade de atuar em busca do melhor remédio para o paciente? Existirão limitações ao consentimento prestado pelo doente? Será este consentimento alvo de requisitos? A simples recusa de consentimento por parte do paciente será suficiente para impedir a atuação do médico? Poderá o consentimento ser prestado em momento anterior à necessidade de uma intervenção ou tratamento médico, isto é, como uma espécie de salvaguarda vitalícia que possa ser utilizada no futuro ou, ao invés, o consentimento só poderá ser dado no momento em que o paciente terá de se submeter a uma determinada intervenção?

Procurar-se-á dar resposta a estas e outras questões através da análise do instituto do consentimento a qual ocorrerá seguidamente.

---

<sup>16</sup> Relativamente a estes requisitos do consentimento, podemos concluir que a jurisprudência também os tende a considerar. *Vide* Ac. do STJ, 1ª Secção, de 02 de Junho de 2015, Processo N.º 1263/06.3TVPR.T.P1.S1, relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>.

### 3. Consentimento

#### 3.1 Uma aproximação aos seus contornos

Face ao surgimento do princípio da autonomia, em contraposição com o contexto de paternalismo que se vivenciava, a exigência do consentimento do paciente para a tomada de atos médicos tornou-se imprescindível.

Significa isto que o paciente, enquanto dono do seu destino, pode beneficiar da função de concordar, permitir ou recusar um determinado tratamento médico. Assim, gozando o paciente de liberdade para exercer os seus direitos de personalidade da forma que considerar mais correta – dentro de certas limitações – pode coartar a liberdade que lhe é inerente de forma voluntária. As limitações que o paciente é suscetível de suportar podem advir de uma autolimitação ou de uma atuação de terceiro. Quer-se com isto dizer que o próprio paciente pode restringir os direitos de personalidade que possui ou, ao invés, dar margem a que um terceiro atue sobre estes direitos. Exemplo da atividade por parte de terceiros é, precisamente, o consentimento prestado pelo paciente para que um profissional de saúde realize determinado tratamento médico. Aqui, o paciente concede uma certa margem ao profissional para que este, com o consentimento do primeiro, atue sobre a sua esfera física.

De acordo com o defendido por JOÃO ÁLVARO DIAS, o consentimento informado é *“um processo que tem de ser perspectivado como um diálogo entre o doente e o médico em que ambas as partes trocam informações e se interrogam reciprocamente; diálogo que há-de culminar na concordância ou anuência do doente à realização de certo tratamento ou intervenção”*.<sup>17</sup>

A relevância que, atualmente, é dada ao consentimento fica bem evidente quando consideramos o afirmado pelo Juiz Benjamin Cardozo, *“every human being of adult years and sound mind has a right to determine what shall be done with his own body; and a surgeon who performs an operation without his patient’s consent commits an assault for which he is liable in damages.”*<sup>18</sup> Seguindo o mencionado por MARIA SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *“el consentimiento informado, según señala la*

---

<sup>17</sup> DIAS, João Álvaro, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 1996, p. 281, *apud* RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Consentimento informado – pedra angular da responsabilidade criminal*, in *Direito da Medicina – I*, N.º 6, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 35.

<sup>18</sup> Afirmção do magistrado Benjamin Cardozo em *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, *Apud.*, GODINHO, Adriano Marteleto, *Ob. cit.*, p. 351.

*jurisprudencia, es hoy un presupuesto y elemento integrante de la lex artis ad hoc de modo que el facultativo no podrá alegar correcto ejercicio de su profesión, de acuerdo com las concretas circunstancias concurrentes si, com carácter previo, no ha obtenido la autorización del paciente*<sup>19</sup>, fica evidente a importância do consentimento para a atuação do profissional de saúde.

Porém, não é todo e qualquer consentimento que se pode considerar como válido. Não basta o paciente transmitir – seja diretamente ao profissional de saúde, seja por outra via – se permite, ou não, que o médico realize sobre ele determinado tratamento médico. Ao invés, é imprescindível que o consentimento respeite diversos requisitos, sob pena de o mesmo não ser admitido. Existindo consentimento válido e não se verificando nenhuma exclusão à necessidade de o respeitar<sup>20</sup>, se o médico desconsiderar a vontade do paciente será responsabilizado por tal, recaindo no âmbito das intervenções arbitrárias previstas no art. 156º CP.

É também este o entendimento que se pode retirar das palavras de MANUEL DA COSTA ANDRADE, segundo o qual “(...) *será punido pelo crime – contra a liberdade – de intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários o médico que, contrariando vontade expressa, livre, esclarecida e actual do paciente, leve a cabo tratamento mesmo que indispensável (e como tal sucedido) para salvar a vida do paciente*”.<sup>21</sup>

Se o paciente manifestar a sua concordância relativamente à realização do tratamento médico proposto pelo médico, excluir-se-á a tipicidade na medida em que o acordo a que se chegará – atendendo à opinião do médico a título de tratamento indicado e à concordância do paciente – fará com que deixemos de estar no âmbito de tratamento arbitrários e, em consequência, na previsão do art. 156º CP.

Se é verdade que com o consentimento surgiu a afirmação da autonomia do paciente, também é verídico que este avanço foi acompanhado de diversas e pertinentes interrogações. Desde logo cumpre questionar: quem deve expressar o

---

<sup>19</sup> GONZÁLEZ, Maria Sánchez, *La impropriamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 67.

<sup>20</sup> Atente-se no *infra* exposto no ponto 3.4 relativamente à possibilidade de existir dispensa do consentimento, ou seja, se o médico, em alguma situação, pode ser desonerado da obrigação de agir em conformidade com esse.

<sup>21</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, – *Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista*, Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Limitada: 1991, p. 455.

consentimento para a realização de um ato médico? Será que todos podem consentir? E o que dizer dos menores, estarão sempre impedidos de decidir sobre a sujeição a uma intervenção médica? Quais são os requisitos do consentimento? Poderá existir consentimento sem o preenchimento de algum requisito? Poderá o médico atuar sem o consentimento do paciente? Quais as consequências de não se respeitar a vontade do doente?

Procurar-se-á, de seguida, dar resposta a estas questões.

### **3.2 Pressupostos do consentimento**

O consentimento prestado pelo paciente relativamente a certo ato médico não poderá ser, por si só, suficiente para que o profissional de saúde se possa determinar. Ao invés, para que o consentimento seja admitido, impõe-se o preenchimento de diversos requisitos.

Sobre estes contornos servirá de base o teor do art. 157º do CP, segundo o qual *“Para efeito do disposto no artigo anterior, o consentimento só é eficaz quando o paciente tiver sido devidamente esclarecido sobre o diagnóstico e a índole, alcance, envergadura e possíveis consequências da intervenção ou do tratamento, salvo se isso implicar a comunicação de circunstâncias que, a serem conhecidas pelo paciente, poriam em perigo a sua vida ou seriam susceptíveis de lhe causar grave dano à saúde, física ou psíquica”*.<sup>22</sup>

A doutrina e a jurisprudência enumeram vários requisitos para que o consentimento prestado pelo paciente seja tido como válido. Estes requisitos consistem na necessidade de que o consentimento seja dado em momento prévio ao tratamento médico, existência de capacidade para consentir e que exista informação que determine a decisão do paciente. Analisemos prontamente cada um deles.

- **Manifestação de vontade em momento prévio ao tratamento**

O doente terá de informar o profissional de saúde da anuência relativamente à realização de um concreto tratamento. Claramente que tal manifestação de vontade terá de ser efetuada em momento anterior à realização do tratamento, sob pena de inutilidade da mesma.

---

<sup>22</sup> Sublinhado nosso.

Conforme afirma JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, *“a autorização para a realização do tratamento médico deve ser prestada previamente ao mesmo e num limite temporal adequado ao tratamento médico em concreto. Acrescentar-se-á, desde que não revogado pois só assim poderá satisfazer-se o escopo da autonomia”*.<sup>23</sup>

Este entendimento é também retirado do art. 38º/2 CP que menciona *“O consentimento pode ser expreso por qualquer meio que traduza uma vontade séria, livre e esclarecida do titular do interesse juridicamente protegido, e pode ser livremente revogado até à execução do facto”*.<sup>24</sup> Ora, se o consentimento pode ser revogado até à execução do facto, conclui-se, desta forma, que tal consentimento terá de ser prestado em momento anterior à sujeição ao tratamento médico visto que, só se pode revogar o consentimento a algo que anteriormente tinha sido prestado.

Do mesmo modo, a manifestação de vontade, conforme decorre do *supra* mencionado artigo, tem de revestir uma vontade séria, livre e esclarecida. A seriedade relaciona-se com a certeza ou convicção. Conforme já estabelecido, as decisões referentes a atos médicos não devem ser tomadas sem ponderação e, quando o paciente forma a sua convicção deve estar certo da mesma. A liberdade direciona-se a uma manifestação de vontade onde não exista um caso de erro ou vício. Por último, a vontade esclarecida diz respeito à informação que é transmitida ao paciente e que servirá de fundamento à escolha que venha a tomar.

Para que o paciente possa expressar o seu entendimento sobre a questão com que se depara, além de possuir capacidade terá, também, de ter ao seu alcance informação suficiente de modo a que, com antecedência, possa ponderar todos os fatores e transmitir a sua decisão ao médico.

- **A capacidade**

Quem fornece ou recusa o consentimento face a certo tratamento médico tem de possuir capacidade para tal. A submissão a um tratamento médico contende, diretamente, com o bem jurídico vida, assumindo, por isso, um peso muito relevante. As decisões tomadas vão influenciar a saúde do paciente e existem diversos riscos

---

<sup>23</sup> CAIRES, João Gouveia de, *Modelos de consentimento e tratamento médico: contributo para a análise de responsabilidade penal médica*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Lisboa, 2005, p. 93.

<sup>24</sup> Sublinhado nosso.

associados. Daí a exigência da capacidade enquanto requisito para a manifestação de vontade.

A determinação da capacidade é feita à luz do art. 38º/3 do CP segundo o qual *“O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”*.

Em regra, quem terá de manifestar a sua concordância relativamente ao tratamento médico é o paciente. Uma vez que está em causa um bem pessoalíssimo, só o paciente deverá pronunciar-se sobre a realização do tratamento. Porém, dificuldades surgem quando o paciente é incapaz ou não está consciente.

- **A Informação**

Diariamente somos confrontados com escolhas e decisões que temos de fazer. Estas escolhas assumem graus de relevância muito díspares uma vez que podem consistir em decidir que roupa vestir, o que comer, que livro ler, onde ir, o que estudar, mas, também, se concordamos em ser submetidos a um tratamento médico e, em caso afirmativo, a qual. Se as primeiras escolhas mencionadas, à partida, não poderão acarretar consequências marcantes, o mesmo já não se poderá afirmar quanto às segundas. As decisões sobre a nossa saúde e que, até mesmo, podem pôr em causa a nossa vida, têm de ser tomadas de forma ponderada.

É neste contexto que surge o requisito da informação. O paciente só poderá tomar uma decisão consciente do que esta comporta, quando tiver a informação suficiente que fundamente e permita a tomada de posição. Ninguém pode decidir se vai ou não atuar em relação a certo tema se não souber o que cada possível escolha pode implicar. Do mesmo modo, o paciente só pode consentir quando for informado do que está envolvido em aceitar ser submetido a certo tratamento médico.

A informação a transmitir deve referir, essencialmente, no que é que consiste o tratamento médico, quais os benefícios do mesmo e quais os riscos associados.<sup>25</sup>

Assim, fica evidente que o responsável pela transmissão da informação será o profissional médico na medida em que é este quem possui os conhecimentos

---

<sup>25</sup> O nível de informação a ser transmitida é alvo de discussão na doutrina e será considerado de seguida no ponto 3.3.



técnicos quanto aos contornos que o tratamento em causa assumirá e, desta forma, conseguirá esclarecer o paciente sobre o que está envolvido no mesmo.

As exigências que se prendem com o requisito da informação tornam bem presente a mudança – já *supra* referenciada – entre um contexto de paternalismo onde vigorava, em grande escala, o princípio da beneficência, para uma realidade onde ao paciente é reconhecida autonomia. Se antes a opinião do paciente não era tida em conta pelo profissional de saúde por, na maioria das vezes, não possuir conhecimentos sobre as questões em causa, atualmente, o que mudou não foi o conhecimento que os pacientes têm sobre os assuntos, mas sim, a obrigatoriedade de os médicos transmitirem a informação e tornarem os pacientes esclarecidos. Ou seja, os pacientes quando contactam o médico continuam sem ter conhecimento sobre matérias de medicina – à semelhança do que acontecia anteriormente, na época do paternalismo – mas a inexistência do saber deixou de ser um entrave. Agora, a finalidade direciona-se ao esclarecimento do paciente sobre os problemas concretos que minam a sua saúde possibilitando, assim, uma decisão informada, ao invés de ser excluído da realidade que o afeta. Deste modo, a informação assume duas formas: é um dever do médico para com o paciente e, ao mesmo tempo, um direito deste último.<sup>26</sup> Esta reciprocidade é passível de ser extraída das palavras de ANA COSTA DE ALMEIDA e CARLOS COSTA DE ALMEIDA *“quando um doente recorre a um médico e consente ser por ele tratado, depois de adequadamente informado, em geral admite que aceitará todas as medidas diagnósticas e terapêuticas que o médico tiver por necessárias no seu caso. Se houver, porventura, algo que a sua consciência, ou vontade, ou religião, não lhe permitir, terá de informar o médico expressamente disso, pois será nessas condições que este deverá planejar o tratamento.”*<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> Releva deixar claro que a informação também pode ser considerada em sentido oposto, isto é, como um direito do médico e um dever do paciente. Imagine-se a situação em que um doente, no âmbito de uma consulta, oculta ao médico diversos sintomas ou doenças de que sofre. O médico, ao fazer o diagnóstico obviamente não poderá ter em conta dados dos quais não tem conhecimento. Esse diagnóstico e respetivo tratamento não serão elaborados tendo em conta a situação real na medida em que o médico não tem a informação completa. Assim, se o paciente sofrer algum abalo na sua saúde por ter sido incorretamente medicado ou ser submetido a um tratamento que – caso o médico tivesse total conhecimento da veracidade dos factos – não deveria ter sido administrado, não se poderá entender que a culpa recaí na esfera do médico se este agiu de acordo com a informação disponível e procurou obter do paciente todos os dados para um correto diagnóstico e tratamento.

<sup>27</sup> ALMEIDA, Ana Costa de, ALMEIDA, Carlos Costa de, *Recusa de Transfusões Sanguíneas em Tratamentos e Intervenções Médico-Cirúrgicas – Perspectiva médica e jurídica*, EJ Separata, p. 23, última vez consultado em 29 de Maio de 2018, disponível em <http://www.oa.pt/Uploads/%7B8FA6829C-57CD-4BBB-8D90-F0AFBB4E662F%7D.pdf>.

A importância deste requisito fica bem evidente nas palavras de MANUEL COSTA ANDRADE *“o esclarecimento do paciente é um pressuposto conatural do consentimento e da expressão concreta da autodeterminação que ele mediatiza. O dever de esclarecimento configura, por isso, parte integrante da disciplina da incriminação das intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários”*.<sup>28</sup>

No que se relaciona com a forma como a informação deve ser ministrada, cumpre dizer que, em regra, a informação é transmitida ao paciente de forma verbal, não existindo, deste modo, um documento de onde conste qual a informação que lhe foi fornecida. No entanto, existem casos em que pode importar fazer prova da informação que o médico prestou. Conforme nota MANUEL CANCIO MELIÁ, *“(…) siendo el consentimiento verbal por regla general, se exige, sin embargo, la forma escrita para la cirugía, procedimientos invasivos en general y para todas aquellas actuaciones que “suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”, y debiendo incorporar el documento de consentimiento informado “información suficiente”*”.<sup>29</sup> O mesmo é também afirmado por ANA COSTA DE ALMEIDA e CARLOS COSTA DE ALMEIDA, isto é, *“uma declaração escrita e assinada sempre tem algum valor probatório, no caso de litígio entre o doente e o médico ou o hospital, na medida em que mostra que o utente em causa foi posto perante a alternativa de assinar ou não assinar, e assinou”*.<sup>30</sup>

MARIA SANCHÉZ GONZÁLEZ refere diversos casos em que o destinatário da informação não deverá ser o próprio paciente *“un primer caso de información preceptiva a los familiares se daría en todos aquellos supuestos de incapacidad del propio paciente para manifestar un consentimiento válido, bien debido a su estado físico; bien debido a su corta edad; En caso de negativa del propio paciente a ser informado sobre su enfermedad, entendemos que el facultativo cumpliría con la obligación que legalmente le corresponde comunicándole el diagnóstico, tratamiento, etc., a sus parientes más cercanos”*.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo I, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 394.

<sup>29</sup> MELIÁ, Manuel Cancio, *Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía – Algunas reflexiones desde la perspectiva española*, in *O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana*, Coordenadores: José de Faria Costa e Urs Kindhäuser, Coimbra Editora, 2013, p. 271.

<sup>30</sup> ALMEIDA, Ana Costa de, ALMEIDA, Carlos Costa de, *Ob. cit.*, p. 22.

<sup>31</sup> GONZÁLEZ, Maria Sánchez, *Ob. cit.*, p. 87.

Aqui, cabe ainda mencionar os casos em que o paciente já dispõe, à partida, de alguma informação relativamente ao que estará envolvido no tratamento médico. Será que aqui, em virtude de o paciente dispor de alguma informação, estará o profissional de saúde isento dos seus deveres de explicação e informação ao doente? A resposta tenderá a ser negativa. Tomando como exemplo o caso das Testemunhas de Jeová que, em regra, são conhecidas por estarem informadas quanto aos contornos dos tratamentos médicos que incluam sangue, o médico, ainda assim, não poderá deixar de fornecer informação ao paciente. Desde logo, porque não sabe qual o nível de informação que o paciente dispõe e, em segundo lugar, ainda que o paciente tenha um amplo conhecimento sobre o tratamento em causa poderá, ainda, ter dúvidas e necessitar de esclarecimentos. Assim, o médico terá de fornecer a este paciente a mesma informação que fornecerá a qualquer outro.<sup>32</sup> Neste sentido segue o alegado por ANA COSTA DE ALMEIDA e CARLOS COSTA DE ALMEIDA *“Esta [recusa] não se pode presumir atendendo às convicções religiosas do paciente, continuando a ser fundamental que o médico lhe dê a conhecer informação suficiente para que, no exercício do seu incontestado direito ao auto-governo, possa ponderar e decidir”*.<sup>33</sup>

A ausência de informação – ou, ainda, a sua insuficiência – acarretam a responsabilidade do médico se o paciente sofrer um dano e existir nexo de causalidade entre esse dano e a atuação do profissional de saúde. ANDRÉ DIAS PEREIRA afirma inclusivamente que *“só o consentimento devidamente esclarecido permite transferir para o paciente os riscos que de outro modo deverão ser suportados pelo médico”*.<sup>34</sup>

Segundo ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, *“do cumprimento deste dever de informação, melhor, do dever de esclarecimento, depende a validade do consentimento do paciente, pois, como resulta óbvio, só um consentimento estribado no conhecimento*

---

<sup>32</sup> A informação prestada às Testemunhas de Jeová assume uma relevância adicional quando comparada com os outros pacientes. Enquanto que no geral a informação serve para o doente saber quais os riscos, como se processará o tratamento, quais as consequências para a sua saúde, entre outras, no caso das Testemunhas de Jeová a informação transmitida pelo profissional de saúde, além destas finalidades permitirá, também, que o paciente possa aferir se o tratamento em causa entra em conflito com as suas convicções religiosas e, em caso de aceitação do tratamento, se as estará a transgredir.

<sup>33</sup> ALMEIDA, Ana Costa de, ALMEIDA, Carlos Costa de, *Ob. cit.*, p. 22.

<sup>34</sup> PEREIRA, André Dias, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, in Responsabilidade Civil dos Médicos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2005, p. 439.

*e compreensão do significado, alcance e riscos da intervenção médica poderá ser excludente da tipicidade do ilícito penal das intervenções ou tratamentos médico-cirúrgicos de violação das leis artis, art. 150º a contrario*".<sup>35</sup> Também, como defendido por MARTA REIS DE MELO, *"quando o médico omite uma informação relevante, informação essa capaz de alterar o sentido da decisão de consentimento no tratamento, acaba por agir sem ter obtido um consentimento esclarecido por parte do doente. Isto é o mesmo que dizer que, o médico, ao decidir fazer a intervenção, está a substituir-se ao doente, está a decidir em vez dele"*.<sup>36</sup> E, ainda, considerando o avançado por ANDRÉ DIAS PEREIRA, *"se (...) o juiz concluir que a informação (...) não foi suficiente para o paciente se poder autodeterminar com toda a informação de que necessitava, o consentimento é inválido e a intervenção médica ferida de ilicitude, visto que a causa de justificação – o consentimento – não é eficaz, como resulta dos arts. 81.º e 340º. CC e do art. 157.º CP. Por isso mesmo a violação do dever de esclarecimento do paciente é fundamento de responsabilidade médica independentemente de negligência no que respeita à intervenção médica em termos técnicos e independentemente do seu resultado positivo ou negativo"*.<sup>37</sup>

### **3.3 Extensão da medida de informação a transmitir**

Questão que tem preocupado a doutrina e os profissionais de saúde passa por determinar a medida de informação que o médico é obrigado a transmitir ao paciente, isto é, que nível de informação é que o paciente terá de obter por parte do médico.

Esta discussão é de elevada pertinência uma vez que, em concordância com o anteriormente relatado, o paciente apenas poderá prestar um consentimento esclarecido para a realização de certo tratamento médico quando souber o que esse tratamento envolve. O mesmo é dizer que o paciente tem de dispor da informação relativa ao tratamento que o médico visa administrar, nomeadamente no que este consiste, quais os riscos, se existem tratamentos alternativos, quais as hipóteses de

---

<sup>35</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente*, in Revista do CEJ, N.º 16, (Julho-Dezembro 2011), pp. 29 e ss.

<sup>36</sup> MELO, Marta Reis de, *Ob. cit.*, p. 66.

<sup>37</sup> PEREIRA, André Dias, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica (...)*, *Ob. cit.*, p. 459.

obter um resultado favorável, entre outros.<sup>38</sup> Ao mesmo tempo, a informação prestada pelo médico ao paciente é fulcral para excluir a responsabilidade deste na medida em que na ausência de transmissão de informação ao doente, o consentimento que este, hipoteticamente, venha a prestar, não se traduz num consentimento informado o que, por sua vez, acarreta a ausência de consentimento e um tratamento arbitrário. O mesmo é aplicado na hipótese de o médico prestar informação mas esta se manifestar insuficiente.

O nível de informação a ser difundido ao paciente é alvo de diferenciação consoante a doutrina em causa.<sup>39</sup> No entender da doutrina tradicional, a informação divulgada é muito restrita direcionando-se, apenas, à *“obrigação de comunicar ao paciente os riscos “normais e previsíveis”, ou “a prever razoavelmente”, excluindo, desse modo o dever de informar dos riscos graves, particulares, hipotéticos ou normais”*.<sup>40</sup> A doutrina mais recente, por oposição, apresenta um grau de informação mais abrangente na medida em que, nesta, já se incluem *os riscos “significativos”, isto é, aqueles que o médico sabe ou devia saber que são importantes e pertinentes, para uma pessoa normal colocada nas mesmas circunstâncias do paciente, chamado a consentir com conhecimento de causa no tratamento proposto”*.<sup>41’42</sup>

De acordo com o mencionado por LAURA FERREIRA SANTOS o consentimento *“não podia ser apenas um mero esclarecimento terapêutico, mas que devia tender a constituir uma “escolha informada”, no sentido de que a autodeterminação nos*

---

<sup>38</sup> A generalidade dos autores parte deste entendimento. Saliente-se, por exemplo, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Das omissões ilícitas no exercício da medicina*, in *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal – uma perspetiva integrada*, Coimbra Editora, 1ª Ed., 2010, p. 88.

<sup>39</sup> Refira-se que a própria jurisprudência não tem considerado o nível de informação como algo estanque. Atente-se no Ac. do TRC, de 11 de Novembro de 2014, Processo N.º 308/09.0TBCBR.C1, relatado por Jorge Arcanjo, segundo o qual *“Compreende-se a importância da informação, pois o consentimento do paciente (livre e esclarecido) é um dos requisitos da licitude da actividade médica, mas o seu conteúdo é “elástico” (Ac STJ de 9/10/2014, proc. nº 3925/07.9TVPR, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), pelo que terá, além do mais, de adequar-se às especificidades de cada caso”*, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a446896db6013d3180257d940037da01?OpenDocument>.

<sup>40</sup> PEREIRA, André Dias, *O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica (...)*, *Ob. cit.*, p. 443.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

<sup>42</sup> Temática também analisada no Ac. do STJ, 2ª Secção, 09 de Outubro de 2014, Processo N.º 3925/07.9TVPR.T1.S1, relatado por João Bernardo, segundo o qual *“No que toca a riscos, a obrigação de informação deve estender-se àqueles que são normais e previsíveis, designadamente por reporte a um conceito referencial de riscos “significativos” (significativos em razão da necessidade terapêutica da intervenção, em razão da sua frequência, em razão da sua gravidade, em razão do comportamento do paciente)”*, disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027BF>.

*cuidados de saúde implica, hoje, não só que o paciente consinta ou recuse uma intervenção determinada heteronomamente, mas que tenha todos os elementos de análise sobre as possibilidade de tratamento possíveis, assumindo-se como sujeito e como um par, um igual na relação”.*<sup>43’44</sup>

No entanto, como facilmente se depreende, não é passível de ser exigido ao médico um esclarecimento até à exaustão<sup>45</sup>. É certo que o paciente tem de se considerar esclarecido porque só este esclarecimento é que irá permitir que seja tomada uma decisão consciente, porém, não pode recair sobre o médico a obrigação de esclarecimento de todos os detalhes que se relacionem com o tratamento médico em questão. Além disso, a informação prestada terá de ser dada de forma compreensível, ou seja, sem recurso a termos técnicos que impossibilitem a compreensão do paciente.

Segundo ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES *“é fundamental esclarecer o paciente acerca do seu diagnóstico, dos riscos de atraso ou da falta de tratamento, das possibilidades de cura ou de melhoria, dos riscos habituais do tratamento e outros aspetos que o doente pretenda saber para se decidir de forma livre e esclarecida”*.<sup>46</sup> Também MARIA SÁNCHEZ GONZÁLEZ menciona que *“esta última [autorização do paciente], para desplegar su eficacia legitimadora de la terapia, ha de haber sido concedida teniendo exacto conocimiento de los factores determinantes de la misma (diagnóstico, tratamientos alternativos al prescrito, consecuencias de los mismos, etcétera)”*.<sup>47</sup>

Como é trazido à atenção por alguns autores<sup>48</sup>, a medida de informação vai depender da capacidade do destinatário, isto é, se o paciente consegue entender a informação que lhe é transmitida, se compreende o problema em concreto, entre outros aspetos. Como afirmam ANA COSTA DE ALMEIDA e CARLOS COSTA DE

---

<sup>43</sup> SANTOS, Laura Ferreira, *Ob. cit.*, p. 30.

<sup>44</sup> Sublinhado nosso.

<sup>45</sup> Cfr. Ac. STJ, 2ª Secção, de 09 de Outubro de 2014, Processo N.º 3925/07.9TVPR.T.P1.S1, relatado por João Bernardo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027BE>, de acordo com o qual:

*“5. Estas são integradas pela referência às vantagens prováveis do mesmo e aos seus riscos.*

*6. Não se exigindo, todavia, uma referência à situação médica em detalhe.*

*7. Nem a referência aos riscos de verificação excecional ou muito rara, mesmo que graves ou ligados especificamente àquele tratamento”.*

<sup>46</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Responsabilidade civil por erro médico*, *Ob. cit.*, p. 32.

<sup>47</sup> GONZÁLEZ, Maria Sánchez, *Ob. cit.*, p. 67.

<sup>48</sup> Mencione-se RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Responsabilidade civil por erro médico*, *Ob. cit.*, pp. 29 e ss.

ALMEIDA, *“a medida do esclarecimento não é suscetível de ser precisada, dependendo sempre, em primeira linha, da pessoa do paciente, da sua necessidade de esclarecimento e da sua capacidade de compreensão”*.<sup>49</sup> ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, já mencionado, afirma que *“incumbe ao médico um esclarecimento adequado e proporcionado, tendo em atenção a personalidade e o grau de diferenciação intelectual e cultural do doente – isto sugere uma experiência diferenciada do esclarecimento tanto no que toca ao conteúdo como à forma”*.<sup>50</sup> Fica assim evidente que o núcleo da informação transmitida tem de ser ponderado face ao caso concreto, atendendo ao paciente em questão. Não poderá o médico atuar de forma generalizada na medida em que cada paciente é diferente dos restantes, tendo necessidades e entendimentos diversos. Também, MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA perfilha este entendimento ao mencionar que *“é evidente, porém, que o modo de informar e a densidade e minúcia da informação não podem obedecer a uma fórmula rígida e igualitária, sob pena de o conteúdo dessa informação não alcançar o seu destinatário e, ao invés, de esclarecer, confundir o doente”*.<sup>51</sup> Ainda, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE admite que *“a determinação concreta do conteúdo do esclarecimento depende do estado físico e psíquico do doente”*.<sup>52</sup> E, por último, VERA LÚCIA RAPOSO, entende que *“o médico só ficará desobrigado desta exigência [de informação] quando o conhecimento das informações em causa, nomeadamente do estado clínico e respetivo prognóstico, possa, com grande probabilidade, causar danos graves ao paciente e perturbar o seu processo de recuperação”*.<sup>53</sup>

### **3.4 Dispensa de consentimento, existe?**

Considerando o exposto até ao presente momento, podemos retirar que o consentimento do paciente para a realização de um ato médico é imprescindível. A falta de consentimento – seja uma ausência total, seja a impossibilidade de considerar aquele consentimento como válido por falhar, pelo menos, um dos seus pressupostos – e a atuação do médico nessas circunstâncias, constitui um

---

<sup>49</sup> ALMEIDA, Ana Costa de, ALMEIDA, Carlos Costa de, *Ob. cit.*, p. 21.

<sup>50</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Responsabilidade civil por erro médico*, *Ob. cit.*, pp. 29 e ss.

<sup>51</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Ob. cit.*, p. 89.

<sup>52</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008, p. 423.

<sup>53</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Ob. cit.*, p. 8.

tratamento médico arbitrário, conforme se depreende do já estudado art. 156º do CP.

Porém, cumpre questionar: existem exceções à obrigatoriedade de se obter o consentimento do paciente para que a atuação do médico seja tida como válida? Poderá o médico agir, mormente por meio da realização de um determinado tratamento médico, sem o paciente ter consentido no mesmo? A autonomia e o crescente peso atribuído ao consentimento do doente poderá ser, de algum modo, coartado? E, em caso afirmativo, em que situações?

A doutrina tende a admitir que a indispensabilidade do consentimento por parte do doente não pode ser considerada de modo absoluto apontando, ao invés, exceções à mesma. Apreciando o declarado por MARTA REIS DE MELO que expõe alguns dos contextos em que o consentimento pode ser prescindido, considere-se *“situações de urgência: em que o doente está em perigo de vida ou incapaz de se exprimir ou de avaliar a situação, em que a própria natureza da intervenção afasta a possibilidade de obter qualquer consentimento”*, referindo ainda os casos de privilégio terapêutico e de renúncia do doente à informação.<sup>54</sup>

Os casos de dispensa de tratamento são, em regra, reconduzidos ao art. 156º/2 do CP segundo o qual *“O facto não é punível quando o consentimento: a) Só puder ser obtido com adiamento que implique perigo para a vida ou perigo grave para o corpo ou para a saúde; ou b) Tiver sido dado para certa intervenção ou tratamento, tendo vindo a realizar-se outro diferente por se ter revelado imposto pelo estado dos conhecimentos e da experiência da medicina como meio para evitar um perigo para a vida, o corpo ou a saúde; e não se verificarem circunstâncias que permitam concluir com segurança que o consentimento seria recusado”*.<sup>55</sup>

---

<sup>54</sup> MELO, Marta Reis de, *Ob. cit.*, p. 76.

<sup>55</sup> Como é evidente, esta norma assume elevada expressão uma vez que, no dia-a-dia do médico, é extremamente frequente que lhe cheguem pacientes que, por variadas razões, não conseguem exprimir a sua vontade no momento. Se o paciente, a título de exemplo, estiver em inconsciente, não poderá o médico obter diretamente do doente, aquela que seria a sua vontade naquele caso. Assim, não se logrando saber qual a decisão do paciente, o profissional de saúde atuará ainda que sem o consentimento do mesmo. Situação diferente ocorrerá se o médico tiver conhecimento, de antemão, sobre qual seria a vontade do paciente naquela situação ou se, conforme adiante se verá, este tiver elaborado uma DAV.



No mesmo entendimento segue PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE que, além de referir os casos já mencionados, acrescenta que em ambas as situações “*o médico age a coberto de um estado de necessidade*”.<sup>56</sup>

Assim, os fatores determinantes são a urgência da situação e o paciente estar, ou não, em condições de expressar a sua concordância ou discordância relativamente à sujeição a certo tratamento médico. Se o paciente não estiver consciente ou, estando consciente, não conseguir expressar a sua vontade, pode o médico atuar, partindo do pressuposto de que se o paciente estivesse nas suas plenas faculdades iria expressar o seu consentimento.<sup>57</sup> Caso a situação seja urgente mas, ainda assim, o paciente não consinta em receber determinado tratamento médico – isto é, o paciente está em condições de exprimir a sua vontade, ainda que não concedendo o seu consentimento – o médico já não poderá atuar uma vez que existe uma declaração expressa do paciente a opor-se ao mesmo.

Esta situação, isto é, o médico que, em caso de urgência e na hipótese de o paciente estar incapaz de manifestar a sua decisão, atua, submetendo-o a determinado tratamento médico por partir do entendimento de que se o doente estivesse capaz iria prestar o seu consentimento, pode criar problemas. Efetivamente, se o médico acompanhar o paciente já ao longo de algum tempo<sup>58</sup> e, conhecendo a vontade do mesmo, não poderá o médico, ainda que numa situação urgente, agir de modo contrário à vontade do paciente que já foi anteriormente

---

<sup>56</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Ob. cit.*, p. 421.

<sup>57</sup> Tomemos como exemplo o caso vertido no Ac. do TRL, de 30 de Janeiro de 2007, Processo N.º 5335/2006-5, relatado por José Adriano, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/59463ae15fd7d48780257287003cd567?OpenDocument>. O médico, aqui arguido, foi condenado pelo crime de ofensa à integridade física, do qual recorreu. Esta acusação resulta de uma operação a uma paciente. Esta tinha um quisto no ovário esquerdo, tendo concordado ser operada pelo arguido. O primeiro informou-a da possibilidade de ter de retirar não só o quisto, mas também o ovário, o que faria apenas em última instância. Sucede que, aquando a operação, o arguido extraiu o ovário direito, tendo o ovário esquerdo permanecido com o quisto. Alegadamente determinou-se que também existia um quisto no ovário direito, de pequena dimensão, que não tinha sido detetado aquando a realização dos exames. Posteriormente a paciente foi operada ao ovário esquerdo, tendo sido retirado o quisto. Face a estes contornos foi o arguido condenado em sede de Primeira Instância, entendendo-se, em traços gerais, que o consentimento da paciente apenas foi prestado para a operação ao ovário esquerdo, nunca tendo sido ponderada uma intervenção no ovário direito. Porém, o TRL entende que para efeitos do art. 150º do CP se encontram preenchidos os elementos subjetivos, isto é, a intervenção foi realizada por um profissional de saúde com vista à eliminação de um problema de que a doente padecia. Entende ainda o Tribunal que os elementos objetivos se encontram preenchidos visto que o arguido atuou sob indicação médica e em respeito às *leges artis*. Assim, por preenchidos os requisitos do art. 150º do CP, o TRL absolveu o arguido do crime de que vinha acusado.

<sup>58</sup> Imagine-se o caso de ser um médico de família que, em regra, acompanha o paciente há inúmeros anos ou, até mesmo, um certo especialista numa área médica a que o paciente habitualmente recorre.

prestada e da qual o profissional de saúde tem conhecimento. Conforme defende PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *supra* mencionado, ainda que tendo por base os casos expostos no art. 156º/2, “o consentimento não é dispensável quando se puder concluir que ele seria recusado”.<sup>59</sup>

Ainda assim, sempre se poderá dizer que, conhecendo o médico, de antemão, a vontade do paciente por já o acompanhar há algum tempo e, na circunstância de o profissional de saúde ter uma opinião divergente – imagine-se o caso de o paciente não querer aceitar certo tratamento médico e, por sua vez, o médico entende que aquele tratamento é o mais indicado, ou vice versa – o médico poderia aconselhar o paciente a procurar uma segunda opinião sobre aquele assunto em concreto e, até mesmo, recusar-se a assistir o paciente, nos termos do art. 24º/1 do CD<sup>60</sup> segundo o qual “se o doente, a família ou o representante legal, esgotadas todas as formas de esclarecimento adequadas, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar -se a assisti -lo nos termos do artigo 16.º, sem prejuízo do disposto na parte final do n.º 7 do artigo 21.º” (sublinhado nosso). De acordo com o afirmado por ANA COSTA DE ALMEIDA e CARLOS COSTA DE ALMEIDA, se as condições a que o paciente está vinculado – seja por motivos religiosos ou outros – forem consideradas pelo médico como “inaceitáveis, haverá que comunica-lo ao doente e este irá então procurar quem aceite trata-lo ou, por outras palavras, quem se considere capaz de o tratar com essas limitações”.<sup>61’62</sup>

Questão que também merece atenção e que, inclusivamente, será abordada de seguida<sup>63</sup>, prende-se com determinar o que é que pode servir de base à dispensa do consentimento. Segundo ANA COSTA DE ALMEIDA e CARLOS COSTA DE ALMEIDA não bastará o testamento de paciente de onde conste a sua recusa a um tratamento médico. Entendem que este testamento pode não reverter a vontade atual do

---

<sup>59</sup> ALBUQUERQUE, Paulo Pinto, *Ob. cit.*, p. 421.

<sup>60</sup> Código Deontológico da Ordem dos Médicos, o qual corresponde ao Reg. 707/2016.

<sup>61</sup> ALMEIDA, Ana Costa de, ALMEIDA, Carlos Costa de, *Ob. cit.*, p. 23.

<sup>62</sup> Fica evidente, quer pelo *supra* mencionado art. 24º/1, quer pela opinião destes autores que, a solução dada perante um caso em que o médico não aceite as restrições que o paciente tem, não é a atuação do médico em desrespeito pelo paciente, mas sim, a procura por outro profissional de saúde que aceite as condições do doente. Isto significa que o médico não poderá afirmar ao paciente que aceita trata-lo de acordo com as suas opiniões e, posteriormente, quando o paciente estiver a ser submetido ao tratamento, o médico induzir o paciente em erro, dando a entender que está a respeitar a vontade do mesmo quando, na realidade, age em desacordo, sujeitando-o a tratamentos com os quais ele não consentiria e, até mesmo, administrar-lhe sangue, sabendo que isso iria contra a sua vontade e crenças.

<sup>63</sup> Através da consideração das DAV.

paciente por ter sido feito com um hiato temporal considerável. Assim, o médico não se poderá determinar pelo testamento feito, contendo este um valor meramente indiciário, não existindo responsabilidade criminal do médico se não seguir o exposto no mesmo.<sup>64</sup>

No caso específico das Testemunhas de Jeová onde, em regra, estas se fazem acompanhar de uma identificação relativa às suas crenças, importa considerar que a mera menção à fé não se afigura como suficiente para o médico retirar o respetivo consentimento ou dissentimento para certo tratamento médico. Deste modo, além da referência à religião em causa será necessário que conste a decisão do paciente sobre a sujeição ao tratamento médico – mormente, face às transfusões de sangue. Ainda assim, poder-se-á colocar a questão da atualidade da manifestação expressa nessa identificação visto que, na altura em que o paciente declarou a sua vontade pode não ter sido devidamente esclarecido ou, não contemplar os avanços na medicina que se verificaram até à data em que foi necessário o tratamento médico. Pode, também, ocorrer a circunstância de a vontade do paciente ter sofrido alterações e, caso estivesse capaz de decidir no presente momento sobre o destino da sua saúde, manifestar uma decisão diferente.

Neste ponto cumpre ainda abrir um parêntesis, de modo a fazer referência ao conceito de melhor interesse do paciente. A atuação no melhor interesse do paciente é o que se encontra subjacente às condutas do médico e, muitas vezes, à necessidade e preocupação que têm em manifestar uma opinião diferente da do doente em relação a determinado tratamento médico. Porém, como já se determinou, em regra, gozando o paciente de autonomia e capacidade, será este a decidir qual a sua vontade e qual o destino que quer dar à sua saúde, surgindo aí os problemas de compatibilidade de vontades. E, ainda, obstáculos surgem no que diz respeito ao próprio conceito de melhor interesse do paciente. Ora, desde logo, estamos perante um conceito indeterminado o que, só por si, levanta dilemas. E, além disso, a concretização de melhor interesse varia de pessoa para pessoa, isto é, aquilo que o paciente considera como melhor interesse pode não corresponder ao que o profissional de saúde, ou outra pessoa, entende como direcionado a esse conceito. Conforme afirma LAURA FERREIRA SANTOS *“se o critério for apenas o de manter a*

---

<sup>64</sup> ALMEIDA, Ana Costa de, ALMEIDA, Carlos Costa de, *Ob. cit.*, p. 25.

*vida a qualquer custo, pode até acontecer que não se entre em linha de conta com o “melhor interesse” da pessoa doente*”.<sup>65</sup> A autora fornece, no seguimento desta declaração, o caso de Nancy Cruzan<sup>66</sup>, exemplo este que, ainda que de modo trágico, traz à atenção a circunstância de que nem sempre a procura pelos melhores interesses do paciente se materializa em manter a vida do mesmo.

Ainda, neste seguimento, atentando nas palavras de VOLNEI GARRAFA “*casos como o de uma Testemunha de Jeová que não deseja que lhe seja administrado sangue sob qualquer hipótese, devem ser considerados a partir do princípio bioético da autonomia do paciente sobre o seu corpo e sua integridade moral, e não a partir da fórmula de que a preservação da vida do paciente é bem jurídico maior do que a liberdade da própria pessoa. Nestas circunstâncias, o que vale para a bioética é o desejo livre, consciente e soberano do indivíduo e não o que preceitua o código de ética profissional. É aí, exatamente, onde reside a modernidade e o espírito democrático da bioética – livre de paternalismos que se confundem com a beneficência*”.<sup>67</sup>

Em consequência conclui-se que esta problemática envolve questões delicadas, tocando na vontade do paciente e, em alguns casos, numa possível atuação contra o entendimento deste. Será necessário verificar se efetivamente se encontra preenchida alguma das situações que permite ao médico atuar sem o consentimento do doente, excluindo-se, nesse caso, a responsabilidade do mesmo. Ao invés, se não estivermos perante nenhum dos casos que admita ao profissional de saúde prescindir do consentimento e, em resultado, este for inexistente ou inválido, poderá ocorrer responsabilidade do médico derivada da sua atuação. MARTA REIS DE MELO entende que, a não ser que se esteja perante as situações “*em que o médico*

---

<sup>65</sup> SANTOS, Laura Ferreira, *Ob. cit.*, p. 39.

<sup>66</sup> A 11 de Janeiro de 1983 Nancy Cruzan perdeu o controlo do carro, tendo sido dele projetada. Após 3 semanas em coma, os médicos diagnosticaram o estado vegetativo permanente. Os familiares de Nancy pretendiam que fosse retirado o tubo de alimentação que, entretanto, tinha sido colocado. O caso chegou aos tribunais, tendo sido alvo de decisões em sentidos opostos visto que, enquanto alguns consideravam que quando já não há atividade cerebral podem retirar-se os tubos que mantêm o paciente vivo, outros tribunais recorriam desta decisão. O Supremo Tribunal apreciou a questão decidindo que, dada a gravidade da situação, os familiares de Nancy deveriam fornecer provas de que, efetivamente, Nancy iria, caso pudesse, recusar ser mantida viva apenas através dos tubos, a não ser que existisse hipótese de recuperar e retomar a sua vida em plena normalidade. Face a esta decisão, os familiares de Nancy reuniram provas, tendo sido decidido retirar os tubos de alimentação, vindo Nancy a falecer a 26 de Dezembro de 1990. Para uma análise mais profunda, [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=3175542170381519302&hl=en&as\\_sdt=6&as\\_vis=1&oi=scholar](https://scholar.google.com/scholar_case?case=3175542170381519302&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholar), última vez consultado a 01 de Junho de 2018.

<sup>67</sup> GARRAFA, Volnei, *Bioética e ética profissional: esclarecendo a questão*, in *Jornal do Conselho Federal de Medicina*, 1998, p. 28, *Apud.*, PRATA, Cláudia Alves, *As testemunhas de Jeová e a discriminação no acesso a tratamentos isentos de sangue*, in *e-publica*, Vol. 3, n.º 2, Novembro de 2016, p. 179.

*pode não informar previamente o doente, aquele poderá ser responsabilizado civil, penal e disciplinarmente por não ter prestado as informações necessárias ao doente”.*<sup>68</sup>

Algo já brevemente referenciado e que vai ser abordado de seguida, prende-se com a manifestação antecipada da vontade do paciente, isto é, a ocorrência de consentimento ou dissentimento em momento anterior à necessidade de tratamento médico.

---

<sup>68</sup> MELO, Marta Reis de, *Ob. cit.*, p. 77. No âmbito da responsabilidade penal – que é a que cumpre analisar – a autora direciona-se ao art. 156º do CP, isto é, à realização de tratamentos e intervenções arbitrárias.

## 4. Declaração Antecipada de Vontade<sup>69</sup>

### 4.1 No que consiste

As DAV surgem enquanto manifestação do princípio da autonomia e direcionam-se ao paciente. Comportam duas modalidades: o testamento vital e a procuração a um PCS.

As DAV resultam da transposição, para o nosso ordenamento jurídico, do art. 9º da CEDHB, segundo a qual *“A vontade anteriormente manifestada no tocante a uma intervenção médica por um paciente que, no momento da intervenção, não se encontre em condições de expressar a sua vontade, será tomada em conta”*.

Ainda, de um modo mais direto, as DAV encontram-se consagradas na Lei 25/2012, de 16 de Julho<sup>70</sup>, ainda que direcionadas para a forma de Testamento Vital.

De acordo com o art. 2º/1 da Lei 25/2012 podemos definir as DAV do seguinte modo: *“As diretivas antecipadas de vontade, designadamente sob a forma de testamento vital, são o documento unilateral e livremente revogável a qualquer momento pelo próprio, no qual uma pessoa maior de idade e capaz, que não se encontre interdita ou inabilitada por anomalia psíquica, manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida, no que concerne aos cuidados de saúde que deseja receber, ou não deseja receber, no caso de, por qualquer razão, se encontrar incapaz de expressar a sua vontade pessoal e autonomamente”*.

Através destas o doente pode revelar, de modo prévio, qual a sua vontade relativamente a um cenário clínico que possa, eventualmente, ocorrer.<sup>71</sup> Tomemos como exemplo o caso de um paciente que sofre de uma doença neurodegenerativa<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Com a presente nota pretende-se chamar à atenção quanto aos temas que serão abordados neste ponto. Não se pretende aqui fazer uma análise exaustiva do regime das DAV, nomeadamente, partindo para um paralelo entre as mesmas e o regime de direito civil. Ao invés, procurar-se-á analisar o conteúdo destas, os seus pressupostos e alguns dos problemas que podemos apontar.

<sup>70</sup> A entrada em vigor desta Lei veio permitir uma maior afirmação da autonomia do paciente e da consideração da dignidade da pessoa humana. Ainda que direcionada para qualquer doente, podemos afirmar, junto com CLÁUDIA ALVES PRATA, que esta lei, relativamente às Testemunhas de Jeová, *“vem salvaguardar o seu direito a um tratamento isento de sangue, através da possibilidade de, previamente, em consciência, darem a conhecer, por documento escrito, a sua vontade”*, PRATA, Cláudia Alves, *Ob. cit.*, p. 182.

<sup>71</sup> A recusa de certo tratamento médico, mesmo quando feita no momento que antecede a realização deste, cria problemas entre a equipa médica, o paciente e os familiares (como adiante se verá). Portanto, como facilmente se compreenderá, quando a recusa ao tratamento em causa é feita de forma muito antecipada, mais conflitos ocorrerão.

<sup>72</sup> Estas, *“são doenças incuráveis e debilitantes que têm como consequência a degeneração progressiva e/ou morte dos neurónios. Causam assim problemas de movimento (ataxias) ou de função mental (demências)”* – informação retirada de <http://www.neurodegenerationresearch.eu/pt-pt/sobre-a-ipnd/o-que-e-uma-doenca-neurodegenerativa/>, última vez consultada a 27 de Maio de 2018. Apesar

ou, até mesmo, alguém que não pretende aceitar um determinado tratamento médico.<sup>73</sup> A elaboração de uma DAV permitiria acautelar estes casos.

Assim, na hipótese de se verificar alguma situação em que o doente não consiga declarar a sua vontade no momento, recorrer-se-ia à DAV – caso esta existisse – por se entender que constituiria a forma mais aproximada de respeitar a vontade do paciente.<sup>74</sup> Neste tema também se afigura evidente o desenvolvimento da medicina na medida em que graças às técnicas inovadoras que hoje em dia dispomos, é possível, com maior clareza e assertividade, prever de que doenças poderá alguém padecer no futuro. E é através deste conhecimento que é transmitido ao paciente, que estes, por diversas vezes, tomam a decisão de efetuar uma DAV.

Se, à partida, considerando o exposto no art. 9º da CEDHB *supra* mencionado, parece derivar um quadro linear e de fácil resolução, a verdade é que não é assim. Muitos problemas surgem no âmbito das DAV e, apesar de não nos propormos a abordar todas as questões que se poderiam suscitar, cumpre mencionar pelo menos três delas: o âmbito a que estas se reportam, quais os requisitos que têm de estar preenchidos para que as mesmas sejam tidas como válidas e, por último, o valor que é atribuído às DAV.

## 4.2 O seu âmbito

Conforme já mencionado, as DAV encontram-se reguladas na Lei 25/2012. No que se relaciona com as disposições que podem ser abrangidas pela DAV consta do art. 2º/2 da Lei *supra* referenciada o seguinte: *“Podem constar do documento de diretivas antecipadas de vontade as disposições que expressem a vontade clara e inequívoca do outorgante, **nomeadamente**”*<sup>75</sup>:

- a) Não ser submetido a tratamento de suporte artificial das funções vitais;*
- b) Não ser submetido a tratamento fútil, inútil ou desproporcionado no seu quadro clínico e de acordo com as boas práticas profissionais, nomeadamente no que concerne*

---

do inegável avanço da medicina, as doenças neurodegenerativas (como o Alzheimer e o Parkinson) ainda são uma realidade, justificando-se, deste modo, a atualidade do tema.

<sup>73</sup> O universo das situações a que a DAV se pode reportar é alvo de discussão. Tal temática será considerada aquando da análise do ponto seguinte, isto é, “4.2 O seu âmbito”.

<sup>74</sup> Pelo menos enquanto última vontade conhecida e/ou manifestada antes de ficar impossibilitado de a reproduzir.

<sup>75</sup> Sublinhado e negrito nossos.

*às medidas de suporte básico de vida e às medidas de alimentação e hidratação artificiais que apenas visem retardar o processo natural de morte;*

*c) Receber os cuidados paliativos adequados ao respeito pelo seu direito a uma intervenção global no sofrimento determinado por doença grave ou irreversível, em fase avançada, incluindo uma terapêutica sintomática apropriada;*

*d) Não ser submetido a tratamentos que se encontrem em fase experimental;*

*e) Autorizar ou recusar a participação em programas de investigação científica ou ensaios clínicos”.*

A preocupação da doutrina relativamente a este artigo prende-se, essencialmente, com a sua enumeração exemplificativa a qual, sem margem para dúvidas, permite a inclusão de diversas outras situações. A utilização da expressão “*nomeadamente*” dá margem para que o paciente possa – desde que preenchidos os requisitos que posteriormente serão analisados – formular uma DAV sobre inúmeras circunstâncias, não sendo possível, deste modo, coartar a discricionariedade que de certa forma lhe é atribuída.

Consequentemente, as situações para as quais a DAV, inicialmente, poderia ter sido prevista – isto é, casos em que o doente se vê impossibilitado de manifestar a sua concordância ou discordância relativamente a um determinado tratamento médico<sup>76</sup> em virtude de uma doença que o incapacite para tal – é, atualmente, passível de ser estendida a outros campos que não fundamentaram a criação deste instituto.

A doutrina critica a inclusão da expressão “*nomeadamente*” no art. 2º/2 da Lei 25/2012. Pois bem, versando o art. 5º da mesma Lei sobre a que casos é que é aplicada a inexistência<sup>77</sup> e, considerando o teor do art. 2º, a doutrina não concorda com a não inclusão, no elenco da inexistência, das hipóteses em que haja “*a não*

---

<sup>76</sup> No entender de Vera Lúcia Raposo, as DAV “*não podem servir para pedir atos médicos que ponham fim à vida, mas somente para solicitar ao médico que se abstenha de intervir, ainda que de tal omissão venha a resultar o fim da vida do paciente*”, RAPOSO, Vera Lúcia, *Ob. cit.*, p. 16.

<sup>77</sup> O art. 5º da Lei 25/2012 dispõe que “*São juridicamente inexistentes, não produzindo qualquer efeito, as diretivas antecipadas de vontade:*

*a) Que sejam contrárias à lei, à ordem pública ou determinem uma atuação contrária às boas práticas;*  
*b) Cujo cumprimento possa provocar deliberadamente a morte não natural e evitável, tal como prevista nos artigos 134.º e 135.º do Código Penal;*  
*c) Em que o outorgante não tenha expressado, clara e inequivocamente, a sua vontade”.*



*observância dos pressupostos e do conteúdo da diretiva antecipada de vontade admitido no artigo 2.º, quando nos parecia adequado que, por clareza, o fizesse”.<sup>78</sup>*

Fica evidente que, no entender de CLÁUDIA MONGE, o legislador não deveria ter inserido a palavra em causa – “*nomeadamente*” – neste contexto, mencionando a autora, por diversas vezes, a sua discordância com tal elaboração.<sup>79’80</sup>

O que importa ter em conta é que a DAV pode direccionar-se tanto à aceitação de um tratamento médico como à recusa do mesmo. Porém, da DAV não pode constar a solicitação ao profissional de saúde que leve a cabo atos médicos que ponham em causa a vida do paciente, conduzindo, de forma expressa, à sua morte. Assim, o paciente pode, aquando a elaboração da DAV, referir que recusa a intervenção do médico perante determinada situação, ainda que acabe por resultar na sua morte mas, ao contrário, não pode requerer que o médico pratique atos destinados a esse fim.

### **4.3 Os requisitos a que estão sujeitas**

Assim como se verificou no consentimento<sup>81</sup>, as DAV também se encontram sujeitas a diversos requisitos.

---

<sup>78</sup> MONGE, Cláudia, *Das diretivas antecipadas de vontade*, AAFDL, Lisboa, 2014, pp. 116.

<sup>79</sup> Tome-se como exemplo as seguintes expressões “quanto ao n.º2 do artigo 2.º melhor seria se o legislador não tivesse aditado à parte final do corpo do n.º2 do artigo 2.º o advérbio de modo “nomeadamente”” e “(...) o legislador utilizou o advérbio de modo “nomeadamente” na parte final do n.º2 do artigo 2.º. Melhor seria que o não tivesse feito e que tivesse restringido o conteúdo da diretiva aos casos já mais ou menos pacíficos (...)”, MONGE, Cláudia, *Ob. cit.*, pp. 117 e 126, respetivamente.

<sup>80</sup> Saliente-se, ainda, a tentativa de a autora trazer à atenção uma possível limitação ao âmbito do art. 2º/2 e, ao mesmo tempo, uma maior amplitude dos casos admitidos no art. 5º. Cláudia Monge traça uma relação entre o direito civil, nomeadamente para determinação do que se pode entender por contrariedade às boas práticas. A autora propõe o entendimento de que se uma DAV se direccionar a um fim diverso dos que se encontram expostos no art. 2º/2 da Lei 25/2012 então, tal DAV poderia ser considerada como contrária às boas práticas. Este entendimento permitiria considerar o art. 2º/2 como estanque, isto é, as DAV apenas poderiam versar sobre as alíneas expressamente previstas – respeitando, ainda, a ideia subjacente à sua criação e os motivos que as fundamentaram – e, ao mesmo tempo, incluir no conteúdo do art. 5º a alínea de violação do conteúdo (referente ao art. 2º). Porém, e antecipando já o nosso entendimento sobre esta questão, não parece que tornar um artigo exemplificativo em taxativo e um artigo taxativo em exemplificativo seja um argumento consistente. Apenas se traduziria numa violação clara do entendimento do legislador e numa tentativa de proceder a um desvio da Lei como atualmente se encontra. Ao mesmo tempo, não se depreende que o entendimento do legislador fosse tornar o art. 2º taxativo, não só pela inclusão da expressão *nomeadamente*, mas também porque não seria expectável que o legislador fosse prever todas as situações a que uma DAV se poderia reportar, explicando-se, tal facto, pelo constante avanço da medicina mas também pela existência de outras situações que não atentam contra as boas práticas e que podem ser objeto de DAV, como por exemplo, a recusa de tratamento médico.

<sup>81</sup> Tema anteriormente abordado.

Segundo o afirmado por ANDRÉ DIAS PEREIRA *“qualquer declaração de consentimento ou recusa de tratamento médico deverá ser uma declaração produzida por uma pessoa capaz, em plena liberdade, após adequada informação e atual”*.<sup>82’83</sup>

Ora, sendo a DAV uma declaração que é efetuada em momento anterior à possibilidade de alguém necessitar de um determinado tratamento médico, podemos concluir que o requisito da atualidade não se encontra preenchido aquando a formulação da mesma. Este pressuposto só se poderia ter como verificado se a declaração fosse elaborada na altura em que o tratamento se afigura como preciso. Porém, se assim fosse, o conceito e as características que definem o que se entende por DAV cairiam por terra.

Deste modo, cumpre analisar se a falta do requisito da atualidade é, por si só, impeditiva de se admitir a existência de uma DAV.

No entender de ANDRÉ DIAS PEREIRA, já mencionado, *“ao querermos avançar para um regime que vise conceder eficácia jurídica a uma declaração antecipada de vontade, estamos já a abdicar de uma das colunas deste edifício: a atualidade. Com três colunas ele ainda se poderá sustentar, desde que estas sejam robustas”*.<sup>84</sup>

No entanto, este entendimento não é adotado por toda a doutrina, sendo possível apontar nomes que defendem que o requisito da atualidade não pode deixar de ser cumprido. Desde logo podemos referir CLÁUDIA MONGE que, relativamente aos pressupostos subjacentes à DAV, se pronuncia do seguinte modo: *“se afastar o requisito da atualidade já é de si questionável, não será de, em caso algum, admitir, “prescindir” dos requisitos de esclarecimento e liberdade para a eficácia do consentimento”*.<sup>85’86</sup>

Neste contexto importa retomar as duas modalidades de DAV que anteriormente se mencionou, isto é, o testamento vital e a procuração a um PCS. A questão que se centra em torno do pressuposto da atualidade é considerada, de forma distinta, consoante a modalidade que está em causa. De acordo com o mencionado por VERA LÚCIA RAPOSO, segundo a qual *“ao testamento vital é apontada uma importante*

---

<sup>82</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativas?*, in *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal – uma perspetiva integrada*, Coimbra Editora, 1ª Ed., 2010, p. 51.

<sup>83</sup> Verifica-se, assim, que as DAV seguem de perto os requisitos que são tidos como assentes para o consentimento.

<sup>84</sup> PEREIRA, André Dias, *Declarações Antecipadas de Vontade (...)*, *Ob. cit.*, p. 51.

<sup>85</sup> MONGE, Cláudia, *Ob. cit.*, p. 98.

<sup>86</sup> Sublinhado nosso.

*fragilidade, que se prende com o seu modo de funcionamento intrínseco: uma vez que a vontade do paciente é definida antes de a questão se suscitar corre-se o risco de tal vontade se vir a revelar verdadeiramente desfasada face às particularidades do caso concreto. Neste aspeto o PCS pode revelar-se uma solução mais fiável na medida em que a decisão que venha a ser tomada pelo procurador reporta-se ao exato momento em que as circunstâncias ocorrem, podendo, por conseguinte, tê-las em consideração”.<sup>87</sup>*

Com o intuito de fazer face à problemática da atualidade, o legislador estabeleceu um prazo de validade de 5 anos para as DAV onde, no seu término, será necessária a renovação da mesma por parte do paciente. A obrigatoriedade de renovação permite que o teor da DAV se mantenha atual. Ainda assim, VERA LÚCIA RAPOSO traz à colação casos em que o consentimento do paciente é fornecido – muitas das vezes – com um considerável hiato temporal e, não é por este facto, que o consentimento prestado não é considerado. A autora menciona que *“mesmo independentemente das DAV’s, é vulgar na prática médica que o consentimento seja prestado muito antes de os atos médicos se realizarem, como sucede, por exemplo, nas intervenções cirúrgicas em doentes que aguardam pela sua vez nas listas de espera para receber tratamentos custeados pelo serviço nacional de saúde, que frequentemente prestam o seu consentimento no momento em que o nome é inserido na lista, não sendo renovado aquando da efetiva intervenção, a qual pode ocorrer apenas vários meses depois”*.<sup>88</sup>

Enquanto segundo requisito das DAV podemos apontar a forma que estas necessitam de revestir. A Lei 25/2012 no seu art. 3º/1 dispõe que *“As diretivas antecipadas de vontade são formalizadas através de documento escrito, assinado presencialmente perante funcionário devidamente habilitado do Registo Nacional do Testamento Vital ou notário (...)”*.

Também a maioria da doutrina, tanto portuguesa como estrangeira, defende a necessidade de a DAV ser suportada por um documento escrito. Compreende-se que a existência de um documento escrito, desde que se comprove que foi escrito e/ou

---

<sup>87</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Ob. cit.*, p. 15.

<sup>88</sup> *Idem.*, p. 17.

assinado pelo paciente ou que traduza a vontade do mesmo<sup>89</sup>, transmite não só uma maior certeza, mas também um acréscimo de peso ao documento. A aposição de forma escrita permitirá que o documento seja consultado e sirva como uma prova futura – nomeadamente quando o paciente se encontre impossibilitado de prestar o seu consentimento ou dissentimento para determinada intervenção e seja necessário recorrer à DAV. No entender de CLÁUDIA MONGE *“entre as várias razões que fundamentam a exigência de forma da declaração negocial, julgamos que a que terá presidido a esta opção do legislador da Lei n.º 25/2012 foi a de reflexão ou de ponderação, mas também a de segurança e certeza jurídicas. A exigência de forma favorece a ponderação, a maturação sobre a manifestação de vontade (...)”*.<sup>90</sup> No mesmo sentido segue ANDRÉ DIAS PEREIRA que, apesar de atribuir relevância às declarações verbais – aludindo até mesmo ao caso de Terri Schiavo<sup>91</sup> – entende que estas não terão a mesma magnitude que as declarações escritas. No juízo deste autor, as declarações verbais valem, *“mas não em si e por si”*<sup>92</sup>, sendo utilizadas enquanto elemento a ter em consideração, juntamente com outros. Afirma ainda que *“só uma declaração escrita pode vir a merecer o estatuto de uma DAV com valor legal”*.<sup>93</sup>

Como terceiro e quarto requisitos cumpre aludir à liberdade e à informação, encontrando-se contemplados no já mencionado art. 2º/1 da Lei 25/2012 através do seguinte excerto: *“manifesta antecipadamente a sua vontade consciente, livre e esclarecida”*. Ora, é imperativo que a declaração tenha sido feita de modo livre, isto é, por espontânea vontade do declarante, sem ter sido exercida, sobre ele, qualquer

---

<sup>89</sup> Caso a pessoa não saiba escrever nem assinar.

<sup>90</sup> MONGE, Cláudia, *Ob. cit.*, p. 130.

<sup>91</sup> Theresa Schiavo sofreu uma paragem cardíaca a 25 de Fevereiro de 1990. Foi transportada para o hospital e nunca recuperou a consciência, tendo ficado em estado de coma profundo. Posteriormente alterou-se o seu diagnóstico para estado vegetativo permanente. Apesar das tentativas dos médicos para reverterem esta situação, tal nunca se logrou alcançar. Perante estes factos o marido de Theresa Schiavo intentou uma petição para remover o tubo de alimentação da sua esposa. Foram ouvidas várias testemunhas, entre elas o marido e os pais de Theresa Schiavo. O marido afirmou que a sua esposa não iria querer ficar num estado vegetativo quando as hipóteses de recuperação fossem muito reduzidas e, por sua vez, os pais da mesma afirmaram que sendo a filha católica, nunca iria querer terminar com a sua vida. Apesar de terem existido diversas decisões dos tribunais – nomeadamente decisões contraditórias – foi decidido dar provimento à petição do marido e Theresa Schiavo faleceu a 31 de Março de 2005. Sobre estas decisões: <http://abstractappeal.com/schiavo/trialctorder02-00.pdf> e <http://abstractappeal.com/schiavo/2dcaorder01-01.txt>, última vez consultada a 27 de Maio de 2018.

<sup>92</sup> PEREIRA, André Gonçalo Dias, *Declarações Antecipadas de Vontade (...)*, *Ob. cit.*, p. 55.

<sup>93</sup> *Idem.*, p. 54.

coação. A DAV tem de resultar da ideia de quem a pretende elaborar, entendendo o sujeito que esta é a melhor forma de acautelar os seus interesses num futuro – ainda que não totalmente certo – em que não poderá manifestar as suas decisões. Por sua vez, cabe considerar a indispensabilidade da informação. A informação aqui em causa segue de perto o *supra* exposto aquando a explanação da temática do consentimento. Deste modo, deverá tal informação ser prestada por um profissional da área médica, ou seja, alguém qualificado e com conhecimento suficiente sobre o tratamento em causa. A informação a prestar terá de incidir sobre o tratamento a que eventualmente o paciente precisará de se sujeitar, quais os riscos do mesmo, quais as alternativas ao tratamento que o médico – à partida – considera mais adequado, entre outros.

Só quando se encontrarem preenchidos estes requisitos é que o paciente poderá ponderar sobre todos os contornos da decisão que tem de tomar, conhecendo os aspetos que a envolvem estando, assim, em condições de decidir de forma fundamentada quanto a um problema que o poderá afetar posteriormente.

De acordo com o *supra* exposto surge o defendido por CLÁUDIA MONGE que alega *“o legislador já prescinde da atualidade como requisito do consentimento mas não pode (...) prescindir do esclarecimento como requisito do consentimento. Este requisito é indispensável como resulta do artigo 157.º (...) do Código Penal. A emissão de uma diretiva antecipada de vontade sem que tenha sido prestado em momento anterior a essa emissão um cabal esclarecimento dita que a diretiva enquanto expressão do consentimento ou do dissentimento não é válida e eficaz”*.<sup>94</sup>

Na ausência do prévio esclarecimento e, na hipótese de a vontade manifestada pelo paciente na DAV não se afigurar como livre e consciente, têm-se como incumpridos os requisitos para que a DAV seja válida.

Como último requisito a ser referenciado para a validade da DAV surge a capacidade. A menção à capacidade é feita no art. 4º da Lei 25/2012 onde se afirma *“Podem outorgar um documento de diretivas antecipadas de vontade as pessoas que, cumulativamente:*

*a) Sejam maiores de idade;*

---

<sup>94</sup> MONGE, Cláudia, *Ob. cit.*, p. 132.

*b) Não se encontrem interditas ou inabilitadas por anomalia psíquica;*

*c) Se encontrem capazes de dar o seu consentimento consciente, livre e esclarecido”.*

Mais uma vez é feita menção ao consentimento consciente, livre e esclarecido, traduzindo assim a importância deste requisito.

Como facilmente se compreenderá, as exigências que estão inerentes às DAV terão de ser mais estreitas do que as que se direcionam ao consentimento.<sup>95</sup> Este facto justifica-se pela circunstância de o paciente ter de tomar antecipadamente uma decisão relativamente a um hipotético problema de saúde sem estar a vivenciar a experiência e o momento em si, sem saber o que sentiria na altura em que tal doença ou necessidade de intervenção lhe fosse comunicada. É necessária uma antecipação, por parte do doente, daquilo que eventualmente poderia pensar aquando a comunicação por parte do médico e, com base na informação disponível, tomar uma decisão. Pelo contrário, quando a questão se centra num contexto de consentimento, este é prestado na altura em que o paciente se vê forçado a tomar uma decisão quase que no momento.

#### **4.4 Valor que lhes é atribuído**

Questão que também é amplamente abordada sob a temática das DAV é se a estas é reconhecida alguma espécie de valor, ou seja, se serão tidas como indicativas ou vinculativas.

Justifica-se iniciar a análise deste tópico com a evolução legislativa. A entrada em vigor da Lei 25/2012 veio alterar o valor que era concedido às DAV. Anteriormente as DAV não eram tidas como vinculativas, apesar de o médico ter de analisar o conteúdo das mesmas. Contudo, sempre poderia referir que aquelas já não revelavam a vontade atual do paciente. Desse modo, o médico apenas tinha de considerar a DAV, não estando obrigado a agir em conformidade com o seu conteúdo, inexistindo responsabilidade caso atuasse em contraposição com o que nela estava exposto. A responsabilidade apenas advinha se não considerasse, de todo, a existência da DAV. E o que dizer do quadro atual? Ora, com a entrada em vigor da Lei 25/2012 o paradigma alterou-se. O valor vinculativo dado às DAV

---

<sup>95</sup> Não em termos de quais os requisitos, porque como já se mencionou os pressupostos do consentimento e da DAV são iguais, mas sim em termos de intensidade dos mesmos.

resulta do próprio teor do art. 6º, segundo o qual *“Se constar do RENTEV um documento de diretivas antecipadas de vontade, ou se este for entregue à equipa responsável pela prestação de cuidados de saúde pelo outorgante ou pelo procurador de cuidados de saúde, esta deve respeitar o seu conteúdo, sem prejuízo do disposto na presente lei”*. Apesar de a lei estabelecer a vinculatividade das DAV, de acordo com o salientado por VERA LÚCIA RAPOSO, *“não tem que o fazer. Se a vontade plasmada na DAV vale nos mesmos termos que a vontade que seria manifestada pelo paciente caso se encontrasse em condições de a manifestar, então, o desrespeito pela mesma deve ser tratado tal como se o médico desrespeitasse a vontade expressa verbalmente pelo paciente. Por conseguinte, implica o preenchimento do tipo de ilícito de intervenções médico-cirúrgicas arbitrárias do art. 156º CP, mais propriamente do art. 156º/1 CP”*.<sup>96</sup>

Aqui o entendimento seguido também não é unânime, existindo opiniões para ambas as vertentes.<sup>97</sup>

De acordo com o Parecer 46/CNECV/2005<sup>98</sup>, nomeadamente no seu art. 8º, afirma-se que *“a manifestação antecipada de vontade tem apenas um valor indicativo, não dispensando a obtenção do consentimento informado que obriga a um efectivo esclarecimento quanto às consequências da recusa de tratamento”*. Isto é, ainda que o paciente declare antecipadamente qual a sua vontade relativamente a determinado tratamento médico a que, eventualmente, possa vir a ser sujeito, terá sempre de passar pela “fase” do consentimento informado. Esta obrigatoriedade visa traduzir não só uma atualidade no que concerne à decisão do paciente mas, também, pretende garantir que o mesmo se encontra certo da decisão que manifestou anteriormente.

Também analisando o Parecer 59/CNECV/2010, mais concretamente o exposto no seu art. 4º, podemos retirar que *“O CNECV considera as declarações antecipadas de vontade como uma manifestação legítima da vontade da pessoa que as subscreve e considera que são um elemento de relevância máxima para o apuramento da vontade*

---

<sup>96</sup> RAPOSO, Vera Lúcia, *Ob. cit.*, p. 19.

<sup>97</sup> Refira-se enquanto defensores da atribuição de força vinculativa às DAV nomes como Figueiredo Dias, Faria Costa e André Dias Pereira e, por sua vez, como defensores de um carácter indicativo Álvaro da Cunha Rodrigues e Manuel da Costa Andrade.

<sup>98</sup> Este Parecer foi consultado pela última vez a 28 de Maio de 2018 e encontra-se disponível em: [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054487\\_P046\\_ParecerTestemunhasJeova.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf).

*real da pessoa (mais que para leitura do sentido literal do documento) por parte das equipas de saúde em situações de grande complexidade”.<sup>99</sup>*

Porém, apesar da exigência de consentimento informado, não se pode considerar que para o CNECV as DAV não têm valor. Ao invés, podemos concluir que elas são consideradas, ainda de modo meramente indicativo.

Já no entender de CLÁUDIA MONGE, afigura-se como duvidosa a atribuição de vinculatividade à DAV. Na opinião da autora, a admitir-se tal vinculatividade, esta não poderia verificar-se sem que anteriormente o paciente tivesse obtido o esclarecimento necessário para tomar a sua decisão. Podemos retirar esta opinião de diversas afirmações feitas pela mesma, particularmente: *“uma declaração antecipada de vontade que não tenha sido precedida de esclarecimento, de uma informação leal, precisa e clara, prestada por um profissional de saúde qualificado e atento o ato a praticar, não é expressão de uma vontade que possa ser tida como vinculativa”* e *“parece-nos que a vinculatividade, a admitir-se, o que não se concede, só poderia ser considerada em casos em que tivesse sido prestada, por escrito, perante quem atestasse da autenticidade daquela vontade e mediante prévio e qualificado aconselhamento ou, pelo menos, nos casos em que fosse comprovado que esse esclarecimento foi prestado e que a vontade que se declara para valer no futuro é uma vontade livre e esclarecida (...)”*.<sup>100</sup>

De um modo geral, a doutrina que se direciona ao carácter meramente indicativo das DAV assenta a sua posição, em larga escala, na incerteza, isto é, entendem que no momento em que o paciente formulou a DAV poderia estar num estado psicológico que, posteriormente, poderia não se verificar. Além disso, a incerteza que serve de fundamento a esta doutrina fixa-se, também, na circunstância de o paciente eventualmente poder alterar o seu entendimento quanto ao conteúdo da DAV e, até mesmo, dar-se o caso de a DAV ter sido formulada com tanta antecedência que, com os avanços da medicina, a mesma já não traduzir a vontade atual do paciente.<sup>101</sup>

---

<sup>99</sup> Este Parecer foi consultado pela última vez a 28 de Maio de 2018 e encontra-se disponível em: [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293115760\\_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293115760_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf).

<sup>100</sup> MONGE, Cláudia, *Ob. cit.*, p. 98.

<sup>101</sup> Imagine-se, por exemplo, que com o decorrer do tempo foi descoberta a cura para a doença de que o paciente padecia ou pelo menos a possibilidade de estabilizar a mesma. Poderia dar-se o caso de o conteúdo da DAV elaborada pelo paciente já necessitar de alterações para fazer face a estas mudanças.



Neste contexto, MANUEL DA COSTA ANDRADE afirma que “(...) *todas as incertezas e angústias citadas, uma coisa parece sobrar: a (quase) impossibilidade de referenciar com segurança, a postura definitiva do paciente. A tanto se opõem quer as mudanças, tão irrenunciáveis e profundas como insondáveis, que a experiência da proximidade com a morte induz, quer o ambiente de ruptura da comunicabilidade em que elas ocorrem*”.<sup>102</sup>

Não obstante, em concordância com o assinalado previamente, existe doutrina que parte do entendimento de que as DAV têm força vinculativa.

Destarte, partindo da exposição do avançado por FIGUEIREDO DIAS, “*as disposições antecipadas de vontade, sobretudo se periodicamente reiteradas, constituem, bem pelo contrário, o mais forte indício da vontade presumida do declarante e só podem ser desobedecidas se forem conhecidas razões que definitivamente as contrariem*”.<sup>103</sup>

FIGUEIREDO DIAS, assim como FARIA COSTA pronunciam-se no sentido da vinculatividade dos testamentos de paciente e dos testamentos biológicos, respetivamente.<sup>104’105</sup>

Por último, a posição defendida por ANDRÉ DIAS PEREIRA<sup>106</sup>, ainda que se assemelhe, em alguns pontos, a opiniões já mencionadas, traduz também um carácter inovador. No entender deste autor o ordenamento jurídico deveria assegurar a existência de DAV vinculativas e DAV indicativas. A diferença entre ambas estaria numa maior ou menor exigência e incidência de verificação dos requisitos anteriormente analisados e, ao mesmo tempo, no peso que lhes é atribuído. Isto é, para a ocorrência de uma DAV vinculativa tornar-se-ia imperativo que existisse um prévio aconselhamento junto de um profissional de saúde, aconselhamento este que forneceria ao paciente as informações necessárias para ponderar e decidir; o profissional de saúde iria considerar se o paciente em causa preencheria o âmbito do requisito da capacidade; por último, e com o intuito de assegurar a liberdade, “*o declarante faria lavrar, em documento autêntico, junto de*

---

<sup>102</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal* (...), *Ob. cit.*, p. 457.

<sup>103</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, A “ajuda à morte”: uma consideração jurídico-penal, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137.º, Março-Abril de 2008, n.º 3949, pp. 210 e 211.

<sup>104</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra, 2007, pp. 487-488 e 492-493.

<sup>105</sup> COSTA, José Faria, *O fim da vida e o direito penal*, in *Liber Discipulorum* para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra, 2003, pp. 793-794.

<sup>106</sup> PEREIRA, André Dias, *Declarações Antecipadas de Vontade*, (...), *Ob. cit.*, pp. 56 e ss.

*um Notário, a sua DAV*".<sup>107</sup> Em vista disso, e continuando na concepção de ANDRÉ DIAS PEREIRA, *"a declaração antecipada de vontade será tanto mais eficaz quanto mais o médico ou a equipa médica se assegurem, por qualquer meio, do grau de conhecimento que o paciente tinha do seu estado de saúde, da natureza da sua doença e da sua evolução, do rigor com que são descritos os métodos terapêuticos que se pretendem recusar ou aceitar, da data da sua redação e das demais circunstâncias que permitam avaliar do grau de consciência que o outorgante teria das consequências da sua decisão"*.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> *Idem.*, p. 56.

<sup>108</sup> *Idem.*, p. 58.

## 5. O tratamento médico

Apesar dos avanços a nível de investigação e conhecimento que têm ocorrido até hoje, ainda não foi possível encontrar a cura para todos os problemas de saúde. Permanece a inevitabilidade de recorrermos aos profissionais como forma de procurar uma atenuação para as adversidades que sentimos.

Resulta que, por vezes, as doenças que se verificam são de fácil resolução, tratando-se meramente com descanso e a ingestão de alguns medicamentos. No entanto, noutros casos, o problema de saúde poderá assumir contornos mais graves, tornando-se imperativa uma atuação mais intensa, nomeadamente através da realização de uma intervenção cirúrgica.

No entender de ADRIANO MARTELETO GODINHO é verosímil diferenciar tratamento médico de intervenção cirúrgica. A principal distinção entre ambas estará na dispensa, ou não, de contacto direto no corpo humano, ou seja, para a realização de um tratamento médico este contacto não se afigura como necessário na medida em que, conforme já mencionado, pode recorrer-se à ingestão de medicamentos ou à realização de exames. Por sua vez, nos casos de intervenção cirúrgica, este contacto no corpo humano já é essencial. Não obstante, salienta ainda o autor que a intervenção cirúrgica não é sinónimo de uma operação, ao invés, podemos estar perante uma intervenção cirúrgica nas hipóteses em que os exames são *“realizados mediante o emprego de sondas”*.<sup>109</sup>

Não obstante, de um modo geral, o tratamento médico em sentido lato reporta-se a *“aquella modificación del organismo ajeno realizada, según las normas indicadas por la ciencia, para mejorar la salud física o psíquica de la persona o la belleza de la misma”*.<sup>110</sup>

De acordo com o Ac. do TRL, *“(...) II - O conceito de tratamento e intervenção médico-cirúrgica assenta em quatro pressupostos, necessariamente cumulativos, dois de natureza subjectiva e os restantes dois são elementos objectivos. III - Referem-se os primeiros à **qualificação do agente**, que tem de ser médico ou pessoa legalmente autorizada a praticar o tratamento, e à **intenção terapêutica**. IV – Esta última traduz os objectivos do tratamento ou intervenção cirúrgica, que tem*

---

<sup>109</sup> GODINHO, Adriano Marteleto, *Ob. cit.*, p. 372.

<sup>110</sup> BARREIRO, Jorge, *La relevância jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, Cuadernos de Política Criminal, nº 16, 1982, pp. 5 y ss-. concr. p. 5, Apud., GONZÁLEZ, Maria Paz Sánchez, *Ob. cit.*, pp. 53 e 54.

de ser levada a cabo com “intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”. V - Os elementos objectivos traduzem-se na **indicação médica** e na **realização segundo as *leges artis***. Tem, pois, de o tratamento ou intervenção cirúrgica ser considerado idóneo ao fim pretendido – debelar ou minorar a doença –, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina e tem de ser levado a cabo segundo as regras generalizadamente reconhecidas da ciência médica e ainda segundo os demais e gerais deveres de cuidado do *tráfego médico*”.<sup>111</sup>

Naturalmente que todos os atos que envolvam uma interferência na saúde do paciente – ainda que sejam desempenhados tendo em vista a cura do mesmo – comportam riscos.<sup>112</sup> Estes riscos verificam-se não só nas intervenções de mais relevo, como as operações, mas também em atuações mais simples como a vacinação. Ainda que o objetivo da vacinação seja prevenir e criar defesas contra determinadas doenças, a verdade é que existindo esta interferência no paciente, poderão ocorrer, pelo menos, reações alérgicas.<sup>113</sup>

Ainda que se admita a existência de riscos enquanto algo inerente a intervenções médicas, sempre terá de se verificar se os métodos utilizados e as finalidades foram as adequadas. No que diz respeito aos métodos utilizados, reportamo-nos à atuação do profissional de saúde, nomeadamente, à aferição se esta se encontra dentro dos padrões do código deontológico, se respeitou as obrigações a que o médico está sujeito e os direitos do paciente e se a mesma é conforme às *leges artis*.<sup>114</sup> Já no que

---

<sup>111</sup> Ac. TRL, de 30 de Janeiro de 2007, Processo N.º 5335/2006-5, relatado pelo Conselheiro José Adriano, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/59463ae15fd7d48780257287003cd567?OpenDocument>.

<sup>112</sup> Poderá o paciente não reagir corretamente ao tratamento, ser alvo de uma infeção podendo, até mesmo, chegar a resultar na sua morte.

<sup>113</sup> A discussão em torno da vacinação – enquanto processo que deva ou não ser considerado obrigatório – voltou a estar em voga. Vários são os pais que não vacinam os filhos, ainda que algumas vacinas constem do Plano Nacional de Saúde, como é o caso da vacina contra o sarampo. Afirmam que não se encontra comprovado que a administração de vacinas seja totalmente eficaz e afaste o risco de contaminação. Acrescentam ainda que, em alguns casos, as doenças são mais facilmente propagadas através da vacinação. Por outro lado, é defendido, inclusivamente por um maior número de pessoas, que a ausência de vacinação é extremamente preocupante porque a imunidade a certas doenças fica posta em risco quando o número de não vacinados aumenta.

<sup>114</sup> Ainda que possam existir *leges artis* escritas, a maioria destas são não escritas. Consistem em métodos que já estão suficientemente comprovados pelos médicos. Podemos encontrar uma referência a estas regras no art. 150º/1 do CP, segundo o qual: “As intervenções e os tratamentos que, segundo o estado dos conhecimentos e da experiência da medicina, se mostrarem indicados e forem levados a cabo, de acordo com as *leges artis*, por um médico ou por outra pessoa legalmente autorizada,

se relaciona com as finalidades, o que está em causa é averiguar se a atuação do médico se destinou – consoante o grau de gravidade da sua situação – a salvar a vida do paciente, a melhorar o seu estado de saúde, a prevenir o aparecimento ou agravamento de uma doença e, até mesmo, alterar o aspeto físico do paciente. Efetivamente, a medicina não se direciona apenas a um objetivo curativo, mas também a uma vertente estética onde o paciente se submete, de forma voluntária, a uma determinada intervenção.<sup>115’116</sup> Também, seguindo o entendimento de ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES, “*para que qualquer tratamento ou intervenção médica não se considere ofensa à integridade física são necessários quatro requisitos cumulativos: ser efetuado por médico ou pessoa legalmente autorizada, com intenção curativa, ser medicamente indicado e ser realizado lege artis*”.<sup>117</sup>

Acresce o mencionado por MANUEL DA COSTA ANDRADE, “*resumidamente, o legislador português aderiu à tese extremada segundo a qual a intervenção cirúrgica – medicamente indicada, realizada por um médico com finalidade terapêutica e segundo as *leges artis* – não preenche o tipo das ofensas corporais. E isto independentemente do resultado final: mesmo que agrave o estado de saúde do paciente ou provoque a sua morte*”.<sup>118</sup>

Feitos estes considerandos iniciais e atendendo a todo o *supra* exposto, cumpre agora dedicar a nossa atenção aos casos em que o paciente recusa ser sujeito a determinado tratamento médico. Ou seja, depois de adquirir toda a informação que necessita para tomar a sua decisão – tendo esta sido transmitida pelo profissional de saúde – o paciente decide não aceitar o tratamento que, no entender do médico, permitirá, pelo menos, melhorar a sua saúde e, em alguns casos poderá, até mesmo, salvar a sua vida.

---

*com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental, não se consideram ofensa à integridade física.”* (sublinhado nosso).

<sup>115</sup> Atualmente verifica-se uma maior recorribilidade a técnicas de medicina estética. A título de exemplo podemos referir os tratamentos que visam retardar o envelhecimento como os peelings, tratamentos de laser e utilização de botox.

<sup>116</sup> O recurso à medicina estética foi alvo de maior procura não só em Portugal, mas também noutros países. Tomando como exemplo os Estados Unidos da América, os gastos nos procedimentos aumentaram em 11% entre 2015 e 2016. Aqui, os procedimentos cirúrgicos representaram um aumento de 3,5% e os não cirúrgicos de 7%. Em Portugal, no mesmo hiato temporal e, dependendo da clínica em causa, podem apontar-se crescimentos na ordem dos 33% e 10%. Estes dados foram retirados de uma notícia do Jornal Público, disponível em: <https://www.publico.pt/2017/07/23/sociedade/noticia/medicina-estetica-a-seringa-antes-do-bisturi-1779807>, consultado pela última vez a 29 de Maio de 2018.

<sup>117</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Responsabilidade civil por erro médico*, *Ob. cit.*, pp. 29 e ss.

<sup>118</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (...)*, *Ob. cit.*, p. 450.

Estas são as situações mais problemáticas na medida em que impedem que o médico exerça a sua função destinada ao fim a que se propôs, isto é, atuar no benefício do paciente tentando, a todo o custo, salvar-lhe a vida. Agora, o médico vê-se confrontado com impossibilidades de atuação e com a necessidade de se manter num estado de inércia sob pena de incorrer em responsabilidade.

## 6. A recusa de tratamento médico

### 6.1 Pelo paciente

Tendo o paciente autonomia poderá – e, em princípio, livremente – consentir ou dissentir na realização de determinado tratamento médico bastando, para o efeito, que manifeste o seu consentimento ou recusa, desde que preenchidos os requisitos *supra* mencionados.<sup>119</sup> Porém, este entendimento nem sempre existiu. Como afirma LAURA FERREIRA SANTOS, este direito de recusa *“só começou a ser extensamente articulado pelos norte-americanos nos finais nos anos setenta, sabendo que este país, na linha da common law britânica, considera que tocar o outro sem o seu consentimento pode assimilar-se a um ataque”*.<sup>120</sup> Atualmente, já se encontra estendido a um considerável número de países.

Para a presente consideração, importa analisar apenas os casos em que o paciente manifesta a sua recusa perante a alegada necessidade de realização de um tratamento médico. O doente poderá recusar a sujeição a este pelos mais variados motivos: receio dos riscos que se encontram associados, por entender que ainda não é o momento certo para ser submetido a uma cirurgia<sup>121</sup>, pode, também, recusar por motivos religiosos, entre outros. As hipóteses que nos interessam considerar são as recusas, pelo paciente, de aceitação de transfusões de sangue por motivos religiosos.

A doutrina procura fornecer um contexto para melhor se compreender o enquadramento e o que está subjacente às transfusões de sangue. Segundo JORGE SOARES e J. P. RAMOS ASCENSÃO, *“a utilização de sangue e os seus diferentes componentes tem indicações terapêuticas precisas as quais configuram, com frequência, situações clínicas em que se verifica haver risco iminente de morte do doente. Nessas situações, o médico ou o corpo clínico que tem a seu cargo cuidar do doente procede à administração de sangue total ou dos seus derivados, conforme*

---

<sup>119</sup> Atente-se no exposto quanto aos requisitos do consentimento, no ponto 3.2.

<sup>120</sup> SANTOS, Laura Ferreira, *Ob. cit.*, p. 24.

<sup>121</sup> Considere-se, por exemplo, o caso de um sujeito que precisa de ser operado à coluna. Estas operações tendem a ser consideradas de elevado risco, visto que podem deixar o paciente paralisado. Perante um caso destes, poderá o mesmo preferir esperar algum tempo antes de ser submetido a tal intervenção. Do mesmo modo, imaginando a situação em que alguém a poucos meses de se reformar, necessita de ser operado a um braço e que, sem a utilização deste não consegue desempenhar corretamente as suas funções, poderá o paciente pretender aguardar mais um tempo – nomeadamente até perfazer os meses que faltam para a reformar – e aí ser submetido à intervenção cirúrgica.

*estiver indicado, como modo de lhe salvar a vida e tendo por fim único o benefício do doente*".<sup>122</sup>

As Testemunhas de Jeová fundam a sua atuação com base em diversos preceitos bíblicos. De acordo com estes, o recebimento de sangue encontra-se vedado o que, em consequência, contende com a possibilidade de serem sujeitos a transfusões de sangue. Face a estes dados, encontra-se em colisão o direito à vida (art. 24º CRP)<sup>123</sup> e o direito à liberdade religiosa (art. 41º CRP).<sup>124</sup>

Atendo ao exposto em diversos diplomas, fica perceptível que o paciente tem o direito de decidir se quer, ou não, ser submetido a determinado tratamento médico. Tomemos como exemplo o afirmado na CDDD, mormente no seu ponto 8., segundo o qual *"o doente pode, exceptuando alguns casos particulares, decidir, de forma livre e esclarecida, se aceita ou recusa um tratamento ou uma intervenção, bem como alterar a sua decisão"*.

Esta decisão do paciente em recusar um tratamento médico pode ser entendida como uma decisão de consciência, as quais podem ser definidas como *"qualquer decisão eticamente séria, isto é, orientada para as categorias do bem ('Gut') e mal ('Böse') que o indivíduo numa determinada situação sente interiormente como vinculante e incondicionalmente obrigatória, de modo que não podia agir contra ela sem uma séria necessidade de consciência"*.<sup>125</sup>

---

<sup>122</sup> SOARES, Jorge e ASCENSÃO, J. P. Ramos, *"Relatório – Parecer sobre a objecção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos"*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Presidência do Conselho de Ministros, 2005, p. 4.

<sup>123</sup> Este artigo dispõe que:

*"1. A vida humana é inviolável.*

*2. Em caso algum haverá pena de morte"*.

<sup>124</sup> Segundo o qual *"1. A liberdade de consciência, de religião e de culto é inviolável.*

*2. Ninguém pode ser perseguido, privado de direitos ou isento de obrigações ou deveres cívicos por causa das suas convicções ou prática religiosa.*

*3. Ninguém pode ser perguntado por qualquer autoridade acerca das suas convicções ou prática religiosa, salvo para recolha de dados estatísticos não individualmente identificáveis, nem ser prejudicado por se recusar a responder.*

*4. As igrejas e outras comunidades religiosas estão separadas do Estado e são livres na sua organização e no exercício das suas funções e do culto.*

*5. É garantida a liberdade de ensino de qualquer religião praticado no âmbito da respectiva confissão, bem como a utilização de meios de comunicação social próprios para o prosseguimento das suas actividades.*

*6. É garantido o direito à objecção de consciência, nos termos da lei"*.

<sup>125</sup> EBERT, Udo, *Der Überzeugunstätter in der neueren Rechtsentwicklung – zugleich ein Versuch zu seiner Beurteilung de lege lata*, ed. Dinker und Humblot, Berlin, 1975, p. 40, *apud.*, DIAS, Augusto Silva, *A relevância jurídico penal das decisões de consciência*, Coimbra: Almedina, 1982, pp. 31 e 32.



Para MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA a decisão tomada pelas Testemunhas de Jeová de não se submeterem a um tratamento médico que implique a sujeição a transfusões de sangue, constitui uma decisão de consciência. A autora entende que estamos perante uma decisão de consciência<sup>126</sup> – a qual consiste, segundo GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA na *“faculdade de escolher os próprios padrões de valoração ética ou moral da conduta própria ou alheia”*<sup>127</sup> – uma vez que *“o que está em causa (...) não são, assim, meros desejos arbitrários, opiniões, vontades, de relevância discutível ao nível da personalidade do indivíduo mas sim uma decisão responsável que contém a força de um credo, de uma convicção, absolutamente imperativa, e cujo desrespeito implica sérias consequências em termos de personalidade individual”*.<sup>128</sup>

Tendo o paciente, à sua disposição, a possibilidade de consentir, ou não, na realização de um tratamento médico e, em caso de recusa, tendo suporte constitucional – visto que, conforme já referido, há um direito à liberdade religiosa – não poderá o paciente ser discriminado em função da sua escolha, principalmente quando é a própria CRP que lhe fornece proteção.<sup>129</sup>

De acordo com o já mencionado anteriormente, os profissionais de saúde atuam tendo em vista – o que consideram ser – a melhor solução para o paciente. A sua finalidade é proporcionar-lhes um bem, seja um melhoramento no seu estado de saúde, seja tentar impedir que a sua condição piore e, em muitos casos, a ação do médico é destinada ao salvamento da vida do doente. Estas finalidades encontram-se bem expressas no Juramento de Hipócrates, o que significa que um médico, aquando o exercício da sua profissão, tem bem presente que a sua atuação deve ser orientada para estes fins. Sucede que, como vamos ver ao longo deste capítulo, a

---

<sup>126</sup> Saliente-se que o uso da terminologia *“decisão de consciência”* não visa transmitir a ideia de que há uma obrigação de viver. Atente-se no mencionado por Maria Sánchez González *“no cabe colegir una obligación a la propia salud, un deber de vivir que convirtiera en objeción a la negativa a recibir aquel tratamiento médico que esté encaminado a preservarla.”*, GONZÁLEZ, Maria Sánchez, *Ob. cit.*, p. 63.

<sup>127</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4ª Ed. revista, Coimbra Editora, 2007, p. 609.

<sup>128</sup> FARIA, Maria Ribeiro de, *A «lei do sangue» - ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e da integridade física*, in *Direito e Justiça*, V.12, t.1, (1998), Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1998, p. 261.

<sup>129</sup> Repare-se que a CRP também se pronuncia quanto à discriminação, fazendo-o no seu art. 26º/1, *“A todos são reconhecidos os direitos à identidade pessoal, ao desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à palavra, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à protecção legal contra quaisquer formas de discriminação”*.

circunstância de o paciente recusar certo tratamento pode, em alguns casos, causar riscos para a sua saúde o que, como facilmente se compreende, entra em conflito com os objetivos que estão subjacentes à conduta dos médicos.

Se é verdade que o ordenamento jurídico oferece previsões de incriminação para quem atenta contra a vida ou integridade física de terceiros, também é certo que a consideração ou valor que é atribuído ao bem jurídico vida é dirimida quando o ataque é da própria pessoa. Quer-se com isto dizer que a atuação de terceiros contra a vida de outra é punida criminalmente, porém, quando é o próprio titular do bem jurídico a colocar em causa a sua vida – não diretamente num caso de suicídio, mas, como aqui se está a analisar, pela recusa de um tratamento médico – a atuação da lei penal é relativa. Este entendimento fica bem presente quando consideramos que a atuação do médico, ainda que visando o que este considera ser o melhor para o paciente, se for levada a cabo sem o consentimento deste acabará por recair no âmbito do art. 156º do CP preenchendo, assim, o tipo de intervenção ou tratamento arbitrário. Esta ideia está subjacente ao avançado por MARIA PAULA RIBEIRO DE FARIA que entende *“é sem sombra de dúvida intolerável a ideia de imposição ao paciente de um tratamento não querido, justificada por uma espécie de exercício profissional sem limites e sacrossanto”*.<sup>130</sup>

Consideremos o seguinte caso: uma grávida com um feto morto necessita de ser intervencionada para que o mesmo possa ser retirado. O médico informa a paciente da possível – e muito provável – necessidade de uma transfusão de sangue no decurso da referida intervenção. Em virtude da religião que professa, Testemunha de Jeová, a doente recusa a sujeição a qualquer transfusão que possa, eventualmente, ser necessária. No decurso da operação, por a paciente ter perdido muito sangue, os médicos consideram necessária uma transfusão de sangue falando, para o efeito, com o marido da mesma, o qual recusa a administração de sangue à sua esposa. A paciente acaba por falecer.<sup>131</sup> Como resolver esta situação se colocados na posição dos profissionais de saúde?

Conforme tem sido referenciado até ao momento, os pacientes podem consentir, ou não, na submissão a qualquer tratamento médico. Analisando o exposto no art.

---

<sup>130</sup> FARIA, Maria Paula, *Ob. cit.*, pp. 262 e 263.

<sup>131</sup> Caso retirado da Revista da Ordem dos Médicos, Junho, 1997, disponível em: <https://ordemdosmedicos.pt/revista-da-ordem-dos-medicos/1997-2/junho-1997/>, última vez consultada a 11 de Junho de 2018.

41º do CD, “O médico deve respeitar escrupulosamente as opções religiosas, filosóficas ou ideológicas e os interesses legítimos do doente” e, no *supra* mencionado art. 38º/1 do CD, “se o doente ou a família, depois de devidamente informados, recusarem os exames ou tratamentos indicados pelo médico, pode este recusar-se a assisti-lo, nos termos do artigo antecedente”.

Daqui resulta que, não pode o médico atuar contra a vontade do paciente desde que este se encontre devidamente esclarecido.<sup>132’133’134</sup> Tendo o doente consciência da decisão que está prestes a tomar e, preenchendo os requisitos já referenciados quanto ao consentimento, não poderá o médico agir contra o que o paciente decide.

Tal entendimento é também acompanhado pelas normais penas: a atuação do médico, em regra, visa proporcionar um melhoramento na saúde do paciente daí que, de acordo com o art. 150º do CP não se considerem como ofensas à integridade física as ações do médico tendo esse fim, desde que sejam conformes às *leges artis*. Porém, este artigo sofre restrições, nomeadamente a constante no art. 156º/1 do CP, segundo a qual, ainda que o médico atue tendo como finalidade o bem-estar do paciente, cometerá o crime de intervenção ou tratamento arbitrário se a sua atuação ocorrer sem o consentimento do doente. Ou seja, mesmo que o médico, com a sua ação, vise cumprir as suas obrigações enquanto profissional de saúde – proporcionar um melhoramento na saúde do paciente, procurar salvá-lo da morte, impedir que a sua saúde se deteriore, entre outros – sempre cometerá o crime

---

<sup>132</sup> Porém tal entendimento nem sempre é seguido. Consideremos o Ac. que versa sobre o Caso Jesse Jones, disponível em: <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2110&context=vulr>. Neste caso a Sr.<sup>a</sup> Jones, após ter perdido uma considerável quantidade de sangue, foi levada para o hospital, resultado de um problema numa úlcera. Tanto a Sr.<sup>a</sup> Jones como o seu marido são Testemunhas de Jeová e foram confrontados com a necessidade de a paciente ser sujeita a uma transfusão de sangue sob pena de, alegadamente, perder a sua vida. Tanto a Sr.<sup>a</sup> Jones como o seu marido recusaram a referida transfusão. Os profissionais de saúde, inconformados com a decisão, recorreram para o Tribunal, o qual veio admitir a realização de transfusões de sangue na paciente entendendo que a liberdade religiosa cessa quando se ponha em causa a vida.

<sup>133</sup> No mesmo sentido segue a decisão do Caso “*John. F. Kennedy Memorial Hospital v. Heston*”, disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1971/58-n-j-576-0.html>. Dolores Heston, Testemunha de Jeová, sofreu um acidente de viação tendo sido levada ao hospital na decorrência do mesmo. Quando confrontada com a necessidade de uma transfusão de sangue, tanto ela, como os pais recusaram o referido tratamento. Dolores Heston à data era maior de idade. Ainda assim, mais uma vez, os médicos não concordaram com a decisão tendo recorrido ao Tribunal. Da decisão do Tribunal resultou a sujeição da paciente à transfusão de sangue entendendo, assim como no caso da Sr.<sup>a</sup> Jones que, “as crenças religiosas da paciente deveriam ceder frente ao primordial interesse estatal de preservar a vida dos seus cidadãos, e que as crenças religiosas individuais não conferem a quem quer que seja um suposto “direito a morrer”, GODINHO, Adriano Marteleto, *Ob. cit.*, p. 384.

<sup>134</sup> Referências a estes casos podem ser encontradas em GODINHO, Adriano Marteleto, *Ob. cit.*, pp. 383 e 384.

previsto nesse artigo se não obtiver o consentimento do doente previamente. Mais uma vez, existem exceções, ou seja, poderá o médico não ser responsabilizado se a sua intervenção puder ser enquadrada no âmbito dos casos previstos no art. 156º/2 do CP.

Considerando os contornos do caso e as normas avançadas podemos concluir que a atitude correta da parte dos médicos – e, a que acabou por se verificar – é a abstenção de intervenção contra a vontade do paciente. Efetivamente, prevendo o CD a obrigação de os profissionais de saúde respeitarem a vontade do doente e as suas crenças, desde que devidamente esclarecidos quanto ao que se encontra envolvido, não poderiam os médicos sujeitar a paciente a transfusões de sangue quando sabiam, de antemão, que estariam a agir contra a decisão desta e, por consequência, sem o consentimento da mesma. De igual modo, atendendo às normas penais, não tendo o médico consentimento da paciente para a intervenção em causa e, não recaindo em nenhuma das alíneas do art. 156º/2 do CP, não poderiam os profissionais de saúde atuar no sentido de administrar sangue à doente mesmo que, e como acabou por acontecer, tal conduta ponha em causa a vida desta.

Assim, ainda que atuando contra as finalidades a que os médicos estão adstritos, pode concluir-se que, em termos deontológicos e penais, a ação por eles tomada foi a correta e a que melhor respeita a vontade do paciente – apesar de, no entender dos profissionais de saúde, poder não se traduzir, de acordo com o seu entendimento, no melhor para o paciente.<sup>135</sup>

O art. 156º do CP tem de ser lido em conjunto com o exposto no art. 150º do CP uma vez que no primeiro preceito mencionam-se as consequências para os atos médicos que tenham as finalidades que se encontram enumeradas no segundo. Assim, todas as intervenções e tratamentos, ainda que *“com intenção de prevenir, diagnosticar, debelar ou minorar doença, sofrimento, lesão ou fadiga corporal, ou perturbação mental”* se forem praticadas sem o consentimento do paciente originam, para o profissional de saúde que as levou a cabo, *“pena de prisão até 3 anos ou [com] pena de multa”*.<sup>136</sup>

---

<sup>135</sup> Será que a decisão a que aqui se chega – de que a atuação dos médicos foi a mais correta – seria mantida se estivéssemos perante um caso em que é um menor a recusar ser sujeito a transfusões de sangue? Esta temática será analisada posteriormente, no cap. 7 sob o assunto *“Em especial: o caso dos menores”*.

<sup>136</sup> Ainda assim, sempre se dirá, que não basta partir do entendimento de que talvez o paciente fosse recusar prestar o seu consentimento. A responsabilização do médico impõe um maior número de

A prática de atos médicos sem o consentimento do paciente contende, diretamente, com a autonomia que a este é concedida bem como com o direito a poder determinar-se segundo o que considera ser mais indicado para si. A imposição de atos médicos, sem o aval do doente, além de desrespeitar a sua vontade vai, também, criar conflitos internos na medida em que, realizar uma transfusão de sangue num paciente que por motivos religiosos a recusa, põe em causa as crenças do doente e origina uma violação das mesmas.

Semelhante entendimento tem CLÁUDIA ALVES PRATA ao afirmar que *“para um profissional de saúde, respeitar a crença das Testemunhas de Jeová é mais do que uma mera aceitação teórica: é permitir o seu legítimo direito a um tratamento isento de sangue”*.<sup>137</sup>

Deste modo, mesmo que o profissional de saúde considere que o motivo pelo qual o paciente recusa ser sujeito a uma transfusão de sangue é irracional ou, não tem validade, não poderá o primeiro agir contra a vontade do segundo porque sempre cairá no âmbito do art. 156º/1 do CP. O médico terá de respeitar, sempre, a vontade do doente. A presente ideia também é encontrada no afirmado por JORGE SOARES e J. P. RAMOS ASCENSÃO, *“mesmo que o médico ou a equipa médica estejam seguros de poder haver elevada probabilidade ou mesmo a inevitabilidade de deterioração clínica e de evolução fatal, o respeito pelo princípio da autonomia fá-los-ão atender a vontade do doente qualquer que ela seja, incluindo recusar o tratamento que lhe é proposto”*.<sup>138</sup>

Semelhante entendimento é adotado por GIENSEN segundo o qual ao paciente tem de ser concedido *“o direito de tomar decisões erradas ou irracionais segundo os padrões médicos ou os do público em geral. O médico tem, em qualquer caso, de respeitar uma decisão objetivamente irracional do paciente”* e KAUFMANN *“um entendimento diferente, que reservasse e reconhecesse ao médico uma soberania de*

---

certeza, ou seja, tem de se provar que o paciente iria recusar o consentimento. Imagine-se que, por exemplo, o doente sempre tinha manifestado, até então, a sua intenção de não aceitar ser sujeito a certo tratamento médico caso viesse a ser necessário ou, ainda, que se faz acompanhar de um documento de onde consta a sua vontade – expressa num curto lapso temporal – de que não aceita receber uma transfusão de sangue ou outro tratamento médico ou, até, ser sujeito a determinada intervenção cirúrgica. Assim, não se pode ter como bastante a mera desconfiança de que o paciente iria recusar mas, ao invés, exige-se que seja feita prova dessa recusa.

<sup>137</sup> PRATA, Cláudia Alves, *Ob. cit.*, p. 181.

<sup>138</sup> SOARES, Jorge e ASCENSÃO, J. P. Ramos, *Ob. cit.*, p. 9.

*razão, representaria uma lesão do direito de autodeterminação do paciente que não seria suportável numa sociedade livre”.*<sup>139</sup>

Também, o CNECV no seu Parecer 46/CNECV/05, nos seus pontos 2, 3 e 6 afirma que *“A autonomia implica a capacidade do doente para exprimir as suas preferências, nomeadamente as decorrentes das suas convicções religiosas; A recusa em aceitar transfusões de sangue e hemoderivados enquadra-se no direito de o doente decidir sobre os cuidados de saúde que deseja receber, desde que lhe seja reconhecida a capacidade para tal e existam condições para a exercer; Quando haja uma recusa válida o médico e/ou outros profissionais de saúde têm o dever de a respeitar”.*

Ainda, AUGUSTO SILVA DIAS, relativamente à atuação do médico em desrespeito à recusa do paciente, entende que *“dado que o médico não age em auxílio necessário, o facto permanece ilícito e contra ele é possível exercer um direito de defesa. Não tem razão PETERS quando diz que quem recusa uma transfusão de sangue por motivos religiosos não pode agredir aquele que lhe aplica coactivamente a transfusão, pois quem o faz «age de acordo com a sua liberdade e possivelmente de acordo com uma decisão de consciência». O médico que procede a um transfusão de sangue contra a vontade do paciente não está no exercício, juridicamente aprovado, de nenhuma liberdade, de nenhum direito. (...) A vítima não tem de suportar o tratamento lesivo da sua integridade física e moral”.*<sup>140</sup>

O problema verifica-se, porém, quando os pacientes que necessitam de uma transfusão de sangue – dado o estado em que chegam ao hospital – se encontram inconscientes ou com outra causa que impeça que expressem o seu consentimento ou dissentimento. E, considerando que, muitas das vezes é precisamente isso que se verifica – ou seja, grande parte das transfusões de sangue que se afiguram como necessárias, são-no para pacientes que se encontram inconscientes – coloca-se a dificuldade de se saber qual seria a vontade do doente.

Neste contexto deverá atender-se ao *supra* mencionado relativamente à DAV. Se o paciente se fizer acompanhar de uma DAV que preencha os requisitos já analisados, deverá o médico atender ao seu conteúdo. Também, se por algum motivo, o médico souber, de antemão, que o paciente iria recusar ser sujeito a uma transfusão de sangue, também não poderá desconsiderar esse conhecimento e agir

---

<sup>139</sup> ALMEIDA, Ana Costa de, ALMEIDA, Carlos Costa de, *Ob. cit.*, p. 24.

<sup>140</sup> DIAS, Augusto Silva, *A relevância jurídico penal (...)*, *Ob. cit.*, p. 135.

contra a vontade do paciente. Além disso, se se fizer prova de que o paciente não iria concordar com a transfusão de sangue deverá o médico, também, abster-se da mesma. E, situação de mais fácil resolução, se o paciente, por si, manifestar diretamente ao médico que não aceita uma transfusão de sangue, deverá este, sem qualquer dúvida, respeitar o estabelecido pelo paciente. Na ausência destes casos que permitiriam aferir qual a vontade do doente, poderá o profissional de saúde atuar.

Face ao até aqui exposto fica evidente que o direito à vida – amplamente protegido no ordenamento jurídico – cede quando confrontado com o princípio da autonomia a cargo do paciente. Assim, ainda que seja atribuído um elevado relevo ao direito à vida, se o paciente recusar um tratamento médico que, eventualmente, a possa colocar em risco – desde que a decisão seja tomada pelo paciente, devidamente informado e capaz, manifestando uma vontade livre – o médico respeitará a sua vontade, concedendo prevalência à liberdade de decisão do paciente, característica subjacente à sua autonomia.

## **6.2 Riscos das Transfusões de sangue**

Conforme tem sido feito alusão, as intervenções médicas – seja o tratamento por simples administração de medicamentos, seja uma intervenção cirúrgica – comportam riscos. Se a própria ingestão de medicamentos, a qual consiste num processo de tratamento menos intenso do que a submissão a uma cirurgia, pode originar, pelo menos, reações alérgicas, mais facilmente se compreenderá que no decorrer de uma operação, os riscos possam assumir contornos mais gravosos.

No contexto das transfusões de sangue este risco que se encontra associado não é exceção, ou seja, não se afigura um tratamento médico isento de preocupações.

Porém, nas palavras de HAMERSCHLAK, fica evidente que nem todos os pacientes e médicos têm este entendimento, *“o conceito de que não existe transfusão homóloga 100% segura deve estar sempre presente quando se considera uma indicação transfusional. (...) A população em geral ainda acha que o sangue*

*examinado é seguro e a impressão de que alguns colegas também acreditam nesta falsa premissa”.*<sup>141</sup>

É possível verificar que os riscos associados às transfusões de sangue não são algo novo e, ao mesmo tempo, ainda não cessaram. Quer-se com isto dizer que é um problema que já remonta ao passado, tendo tido períodos marcantes e que, infelizmente, ainda não foi alvo de resolução.

O perigo das transfusões de sangue sempre esteve presente. No entanto, com a propagação do vírus da SIDA na década de 80, o recurso às transfusões sanguíneas sofreu um decréscimo. Como é de fácil percepção, ainda que se possa estar ciente dos perigos associados a uma transfusão de sangue, a recusa em submeter-se a esta forma de tratamento aumenta – mesmo sem fundamento religioso – quando, aos riscos já conhecidos, se junta a possibilidade de ser contaminado pelo vírus da SIDA. Outra dificuldade intimamente relacionada com as transfusões de sangue prende-se com os custos que lhe são inerentes. Segundo ANA COSTA DE ALMEIDA e CARLOS COSTA DE ALMEIDA *“o sangue é um líquido que a recolha, processamento e armazenamento tornam caro, e para além disso não existe sempre que dele precisamos e nas quantidades de que necessitamos. Por tudo isto se gerou uma atitude médica de poupança de sangue, de só se usar quando for imprescindível”.*<sup>142</sup>

No que diz respeito aos problemas que podem advir do recebimento de uma transfusão de sangue podemos, desde logo, começar por referir o risco de incompatibilidade. Quer-se com isto dizer que o sangue, quando é retirado do dador, comporta características do próprio, contendo células. Face a esta realidade poderá o recetor não ser compatível com o sangue recebido e, deste modo, ocorrer uma rejeição. Este processo funciona, de certo modo, como se de um transplante se tratasse. Apesar de, nos casos de transplante, se procurar um dador que se adeque às características do paciente recetor, é sempre necessário, durante algum tempo, vigiar o paciente recetor de modo a averiguar se o transplante foi por este aceite, ou seja, se não ocorreu nenhuma rejeição. O mesmo sucede quanto às transfusões de sangue.

---

<sup>141</sup> Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, *Cuidados com a família e tratamento médico para as Testemunhas de Jeová: Aspectos éticos/legais*, 1995, p. 25-26 e *Transfusão é um procedimento de risco*, 1992, p. 1, *Apud*, PRATA, Cláudia Alves, *Ob. cit.*, p. 172.

<sup>142</sup> ALMEIDA, Ana Costa de, ALMEIDA, Carlos Costa de, *Ob. cit.*, p. 18.



Outro risco que se encontra associado às transfusões de sangue é a possibilidade de surgirem reações alérgicas ou transmissão de doenças. Se o dador possuir uma doença, existe uma elevada probabilidade de, aquando a transfusão de sangue, transferir-se a sua doença para o paciente recetor. Este tema é de extrema importância na medida em que, colocando em hipótese os casos em que geralmente ocorrem transfusões de sangue – ou seja, quando a ausência desta poderá implicar a morte do paciente – estaremos perante uma situação em que o alegado tratamento que pode salvar a vida do doente – isto no entender dos médicos – pode, também, ser a causa da sua morte ou, pelo menos, criar uma doença que ele não tinha e que, até mesmo, poderia nunca chegar a ter caso não tivesse sido submetido a uma transfusão.

Quanto a exemplos mais concretos de riscos associados às transfusões de sangue, atentemos nas palavras de CLÁUDIA ALVES PRATA *“os riscos podem ser divididos em duas categorias: a primeira, relativa às doenças infecciosas, que podem ser transmitidas pelo sangue ou derivados, como o HIV, hepatites virais a tripanossomíase (Doença de Chagas), a malária, a citomegalovirose e as infeções produzidas pelos vírus de Epstein-Barr e, a segunda, relativa às reações transfusionais, como reações febris ou reações hemolíticas. Podemos ainda acrescentar os erros humanos, como a transfusão de tipagem errada do sangue, a imunomodulação e a supressão do sistema imunológico do paciente, que aumenta as possibilidades de contrair infeções pós-operatórias”*.<sup>143</sup>

Existem diversos estudos que incidem sobre os riscos associados às transfusões de sangue. Salientando o risco de infeção, é afirmado que *“Many such infections are known to be transmissible by blood transfusion, while others have properties indicating this potential. There has been no comprehensive review of such infectious agents and their threat to transfusion recipient safety to date”*.<sup>144</sup>

Também, num estudo diverso, com incidência estatística, foi afirmado que *“Leukocyte reduction of RBCs has been shown to decrease the risk of health care-associated infection and because only 85% of RBC units are leukocyte-reduced in the United States, adoption of universal leukocyte reduction may be an important first step*

---

<sup>143</sup> PRATA, Cláudia Alves, *Ob. cit.*, p. 172.

<sup>144</sup> STRAMER, S.L., *et. al.*, *Emerging infectious disease agents and their potential threat to transfusion safety*, 2009, disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19686562>, última vez consultado em 10 de Junho.

to infection prevention. However, even with leukocyte-reduced RBC units, adherence to a restrictive transfusion strategy is an important second step in preventing health care-associated infections". A conclusão deste estudo foi *"Among hospitalized patients, a restrictive RBC transfusion strategy compared with a liberal transfusion strategy was not associated with a reduced risk of health care-associated infection overall, although it was associated with a reduced risk of serious infection. Implementing restrictive strategies may have the potential to lower the incidence of serious health care-associated infection".<sup>145'146</sup>*

Mencionando, por último, um terceiro estudo, no qual se afirma que *"A growing literature suggests that 1 and 2 unit transfusions are common and that even these small quantities are associated with worse outcomes after cardiac operations. This is important because transfusion at this level seems more likely to be discretionary and hence avoidable, and it has little in the way of scientific evidence to support it".* Este estudo faz ainda referência a outros relatórios sobre o tema em causa, cumprindo mencionar apenas um deles, a título de exemplo *"In a report from Koch and associates, RBC transfusion was related to increased rates of essentially every postoperative comorbid event, including renal failure, infections, cardiac and neurologic events, prolonged ventilation, and operative mortality. The relationship was dose dependent, and patients receiving even 1 unit of RBCs had a 77% increased adjusted odds of mortality compared with those not receiving transfusions".* Os autores do presente estudo concluíram que *"we found that transfusion of as little as 1 or 2 units of RBCs is common and is significantly associated with increased morbidity and mortality after on-pump CABG."<sup>147</sup> The relationship persists after adjustment for patient characteristics and risk".<sup>148</sup>*

Sucede que, com os avanços que ocorrem no mundo da medicina, poderia pensar-se que estes casos são meramente residuais e que a atuação dos profissionais de saúde e o conhecimento que possuem são tidos como suficientes para impedir que estas situações se verifiquem. Ou, pelo menos, que haja uma

---

<sup>145</sup> ROHDE, Jeffrey, *at. al.*, *Health Care-Associated Infection After Red Blood Cell Transfusion - A Systematic Review and Meta-analysis*, última vez consultado em 10 de Junho, encontrando-se disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4289152/>.

<sup>146</sup> Sublinhado nosso.

<sup>147</sup> Sublinhado nosso.

<sup>148</sup> O presente estudo e os exemplos restantes podem ser consultados em: [https://www.annalsthoracicsurgery.org/article/S0003-4975\(13\)01629-9/fulltext](https://www.annalsthoracicsurgery.org/article/S0003-4975(13)01629-9/fulltext).

triagem do sangue dos dadores para que se determine quem poderá, ou não, dar sangue. No entanto, assustadora é a confrontação com a realidade e quando compreendemos que ainda existem casos que escapam ao controlo que deveria ser aplicado.<sup>149</sup>

### 6.3 Existência de tratamentos alternativos

Face ao *supra* exposto pudemos constatar que as transfusões de sangue não são um tratamento completamente seguro. Estas podem originar, pelo menos, diversas doenças para o paciente e, até mesmo, em alguns casos, a morte.

Deste modo, não se podendo afirmar que as transfusões de sangue constituem, na realidade, um tratamento totalmente benéfico para o doente, cumpre questionar: existirão tratamentos alternativos? Se sim, estes tratamentos podem melhorar e salvar a vida do paciente?

A resposta a ambas as questões é afirmativa. Efetivamente, existem tratamentos alternativos que podem salvar a vida do paciente. Como é que estas alternativas se processam?

Quando o paciente – por exemplo, no decurso de um acidente de viação ou, até mesmo no âmbito de uma operação – perde muito sangue, a administração direta de sangue no paciente, através de uma transfusão de sangue, não é o único modo de equilibrar a situação. Sucede, no entanto, que um dos argumentos utilizados por alguns quanto aos entraves dos tratamentos alternativos, é o elevado custo que lhes está associado. Porém, nem sempre é assim. Vejamos o seguinte comentário quanto à possibilidade de se restituir o sangue que o paciente perdeu: *“A reposição do volume do plasma pode ser conseguida sem se usar sangue total ou plasma sanguíneo. Diversos líquidos que não contêm sangue constituem eficazes expansores do volume do plasma. O mais simples de todos é a solução salina, que é tanto barata como compatível com o nosso sangue. Existem também líquidos dotados de propriedades especiais, tais como a dextrana, o Haemaccel, e a solução de lactato de Ringer. A hidroxietila de amido (HES; amido-hidroxietil) é um mais recente expansor do volume*

---

<sup>149</sup> Exemplo desta afirmação é o recente caso de uma paciente que, 6 anos após ter sido submetida a uma transfusão de sangue, foi contactada com o intuito de ser informada que o sangue que recebeu poderia ser proveniente de alguém com Hepatite C e, nesse caso, poderia existir contaminação. Mais gravoso é a tentativa de encobrimento que aqui ocorre. Para mais informações *vide* reportagem em: <http://www.tvi24.iol.pt/videos/sociedade/noticiatvisanguecontaminado/5b05be7a0cf248a37235854b#/iol/login>.

do plasma e “pode ser seguramente recomendado para aqueles pacientes [queimados], que objetem a produtos de sangue”. (Journal of Burn Care & Rehabilitation, janeiro/fevereiro de 1989) Tais líquidos apresentam vantagens definitivas. “Soluções cristalóides [tais como a solução salina normal e o lactato de Ringer], o Dextran e o HES são relativamente atóxicos e baratos, prontamente disponíveis, podem ser estocados à temperatura ambiente, não exigem testes de compatibilidade e estão isentos do risco de doenças transmitidas pela transfusão”.<sup>150,151</sup>

Além destas soluções externas, também o nosso corpo fornece um próprio mecanismo: o oxigénio: “Visto que o sangue perdido foi substituído por um líquido adequado, o sangue agora diluído flui mais facilmente, mesmo nos pequenos vasos. Em resultado de mudanças químicas, mais oxigénio é liberado para os tecidos. Estas adaptações são tão eficazes que, se somente a metade das suas hemácias permanecerem, o transporte de oxigénio poderá ser até cerca de 75 % do normal. Um paciente em repouso utiliza apenas 25 % do oxigénio disponível no seu sangue. E a maioria dos anestésicos reduz a necessidade de oxigénio do corpo”.<sup>152</sup>

Também, relativamente aos custos que atualmente se encontram associados às transfusões de sangue, consideremos o seguinte caso “The Cleveland Clinic, one of the biggest blood users in the U.S., is using new protocols designed to make doctors think twice before ordering transfusions. The initiative helped lower costs for external blood purchases to \$26.4 million in 2012 from \$35.5 million in 2009, and led to savings elsewhere in the hospital system as blood storage and processing costs and transfusion-related complications declined”.<sup>153</sup>

Quanto à existência de tratamentos alternativos, o Parecer da Comissão do Presidente dos EUA para o Estudo dos Problemas Éticos na Medicina e para as pesquisas Biomédicas e Comportamentais afirma “os profissionais e outros têm a obrigação de certificar-se de que os pacientes possam escolher um dentre um amplo leque de tratamentos disponíveis e potencialmente benéficos. Às vezes, o leque é

---

<sup>150</sup> Blood Transfusion Therapy—A Physician’s Handbook (A Terapia da Transfusão de Sangue — Manual do Médico), de 1989”, apud., <https://www.jw.org/pt/publicacoes/livros/como-pode-o-sangue/Alternativas-de-qualidade-para-a-transfusao/>, última vez consultado a 29 de Maio de 2018

<sup>151</sup> Sublinhado nosso.

<sup>152</sup> Testemunhas de Jeová, Como pode o sangue salvar a sua vida?, Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, 1990, p. 14, apud., PRATA, Cláudia Alves, *Ob. cit.*, p. 173.

<sup>153</sup> Notícia publicada no The Wall Street Journal, por Louise Radnofsky, em 8 de Abril de 2013, consultado pela última vez em 10 de Junho de 2018, encontrando-se disponível em: <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323494504578340962879110432>.

*erroneamente limitado porque um clínico não está disposto a tornar disponível uma opção, ou ignora um possível tratamento que é especialmente pertinente à determinada decisão sobre uma terapia que preserve a vida”.*<sup>154</sup>

Neste contexto também releva considerar um estudo cujo objeto incidia sobre pacientes que necessitaram de uma cirurgia cardíaca. Este estudo visava comparar os pacientes que, para o efeito, foram alvo de transfusões de sangue com os que, por serem Testemunhas de Jeová ou por outros motivos, recusaram receber essas transfusões. Quais foram os resultados? *“Witnesses had fewer acute complications and shorter length of stay than matched patients who received transfusions: myocardial infarction, 0.31% vs 2.8% (P=.01); additional operation for bleeding, 3.7% vs 7.1% (P=.03); prolonged ventilation, 6% vs 16% (P.001); intensive care unit length of stay (15th, 50th, and 85th percentiles), 24, 25, and 72 vs 24, 48, and 162 hours (P.001); and hospital length of stay (15th, 50th, and 85th percentiles), 5, 7, and 11 vs 6, 8, and 16 days (P.001). Witnesses had better 1-year survival (95%; 95% CI, 93%-96%; vs 89%; 95% CI, 87% - 90%; P = .007) but similar 20-year survival (34%; 95% CI, 31% - 38%; vs 32% 95% CI, 28% - 35%; P = .90)”.*<sup>155</sup>

Esta diferença de recuperação entre os pacientes que se sujeitam a intervenções médicas sem o recurso a transfusões de sangue e aqueles que a elas se submetem fica também clara nas palavras de JADIR DE MATTOS, KÁTIA REJANE STÜRMER e JOSELAINE DA COSTA, *“As Testemunhas de Jeová hoje em todo o mundo se submetem a outros tratamentos que alcançam o mesmo resultado da transfusão sanguínea atingindo até mesmo uma recuperação mais rápida do que na terapia padrão”.*<sup>156</sup>

Aqui, deparados com a existência de diversos tratamentos alternativos que, além de terem custos reduzidos, se encontram dissociados dos riscos inerentes às transfusões de sangue, devem os médicos aceitar a existência destas alternativas,

---

<sup>154</sup> Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, Cuidados, p. 22, *apud.*, PRATA, Cláudia Alves, *Ob. cit.*, p. 174.

<sup>155</sup> PATTAKOS, Gregory, KOCH, Colleen, BRIZZIO, Mariano, *Outcome of Patients Who Refuse Transfusion After Cardiac Surgery - A Natural Experiment With Severe Blood Conservation*, disponível em: <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/1211993>, última vez consultado em 10 de Junho de 2018.

<sup>156</sup> MATTOS, Jadir de, STÜRMER, Kátia Rejane e COSTA, Joselaine da, *Responsabilidade penal do médico nos casos de transfusão de sangue, em menor de idade, em iminente risco de vida, cujos pais são adeptos da seita testemunhas de jeová*, in Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 6, n. 1/2/3, 2005, p. 141, disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80820/84467>.

alargando os meios disponíveis para o tratamento do doente ainda para mais quando estas hipóteses apenas resultam num bem e não na colocação do doente numa situação de risco de contrair doença diversa.

Assim, na circunstância de um paciente recusar a transfusão de sangue – quer seja, ou não, com base em motivos religiosos – deverá o médico informar o paciente da existência de tratamentos alternativos que permitam ao doente manter a sua decisão de recusa, não violando a sua vontade – e, em algumas circunstâncias, as suas crenças – visto que, na realidade, existem alternativas válidas para o mesmo e, como vimos, mais seguras.

Estas alternativas devem estar disponíveis não só para pacientes que recusem transfusões de sangue por motivos religiosos, como é o caso das Testemunhas de Jeová, mas, também, para todos os outros doentes que por algum motivo se recusem a aceitar este tratamento médico. Ainda assim, verifica-se que a doutrina acaba por associar o surgimento e respetivo desenvolvimento dos tratamentos alternativos às Testemunhas de Jeová. Considere-se, neste caso, o afirmado por ANA COSTA DE ALMEIDA e CARLOS COSTA DE ALMEIDA *“E a verdade é que foi em grande parte esta empenhada pelas Testemunhas de Jeová que nos EUA ajudaram ao estabelecimento do que atrás se chama de “cirurgia sem sangue”, alargada agora para todos, crentes ou não”*.<sup>157</sup>

#### **6.4 A opinião dos médicos**

Ainda que alguns médicos continuem a afirmar que as transfusões de sangue são o único tratamento capaz de fazer face às perdas de sangue excluindo, assim, a possibilidade de existirem tratamentos alternativos e riscos associados às transfusões, a verdade é que, apesar disso, alguns profissionais de saúde já manifestam uma opinião diversa, que podemos caracterizar como atual e adequada à realidade em que vivemos e aos avanços da medicina.

Deste modo, consideremos algumas opiniões que permitem aferir um outro lado desta discussão.

---

<sup>157</sup> ALMEIDA, Ana Costa de, ALMEIDA, Carlos Costa de, *Ob. cit.*, p. 23.

Atentemos no afirmado por Patrícia Ford<sup>158</sup>, *“There’s this idea ingrained in the culture of medicine that people will die if they don’t have a certain level of blood, that blood is the ultimate lifesaver and that’s true in some specific situations, but for most patients in most situations it’s just not true”*.<sup>159</sup> Dada a circunstância de Patrícia Ford tratar, por ano, cerca de 700 pacientes Testemunhas de Jeová, os quais, conforme já mencionado, não aceitam transfusões de sangue, surgiu a necessidade de apresentar uma solução a este problema, continuando a promover a saúde do paciente mas, e ao mesmo tempo, respeitando as suas crenças. Daí ser preciso atender-se aos tratamentos alternativos que, como vimos, existem e são eficazes. Neste seguimento, a Ford afirma *“Many physicians I talked to at the beginning had this misperception that a lot of patients just can’t survive without receiving blood. I may have even thought that myself to some degree. But what I rapidly learned was you can care for these patients by just applying some easy strategies”*.<sup>160</sup> Uma das estratégias de Patrícia Ford para não recorrer às transfusões de sangue *“is to test patients’ levels of hemoglobin — the protein in red blood cells that carries oxygen — well before their surgery. If the levels are low, then the patient can take vitamin K and iron supplements, which help the body produce more blood cells and help red blood cells more efficiently carry oxygen throughout the body. The practice of testing for low red blood cell levels, or anemia, is now beginning to spread from specialized clinics like Ford’s to other hospitals around the country”*.<sup>161</sup>

Também, considerando a corrente médica mais recente *“Surgeons who champion bloodless surgery say that in addition to reducing costs related to buying, storing, processing, testing and transfusing blood, the technique reduces the risk of transfusion-related infections and complications that keep patients in the hospital longer”*.<sup>162</sup>

Frank Sellke afirma que *“I think that everyone now feels that blood utilization should be minimized”*.<sup>163</sup>

---

<sup>158</sup> Dr.ª Patrícia Ford é fundadora e diretora do Centro de Medicina e Cirurgia sem Sangue do Hospital Pensilvânia.

<sup>159</sup> Williams, Sarah, *Against the flow – what’s behind the decline in blood transfusions?*, in Stanford Medicine, Spring, 2013, última vez consultado em 10 de Junho de 2018, estando disponível em: [http://sm.stanford.edu/archive/stanmed/2013spring/documents/medmag\\_2013spring.pdf](http://sm.stanford.edu/archive/stanmed/2013spring/documents/medmag_2013spring.pdf), p. 27.

<sup>160</sup> *Ibidem*.

<sup>161</sup> *Ibidem*.

<sup>162</sup> Cf., nota 141.

<sup>163</sup> Cf., nota 141.

A opinião de Robert Lorenz também merece ser considerada *“You get an immediate feeling that you're helping the patient if you transfuse them, but the long-term data suggest it's the opposite”*.<sup>164</sup>

Por último, o afirmado por Hooshang Bolloki é de extrema importância *“Já tratei mais de 200 pacientes Testemunhas de Jeová, e nunca perdi um sequer por não poder aplicar-se sangue”*.<sup>165</sup>

Daqui resulta que os médicos já reconhecem a existência de tratamentos alternativos e que há possibilidade de não recorrer ao uso de sangue, permitindo uma conciliação entre a necessidade de tratamento e o respeito pelas crenças do paciente.

Assim, a ideia de que as transfusões de sangue são o único tratamento disponível para restabelecer o nível de sangue do paciente e que a sua administração não acarreta riscos, não pode ser tida como aceite, sendo necessário alargar horizontes e considerar o que atualmente dispomos e que pode fornecer ao paciente a possibilidade de salvação da sua vida e da sua consciência, simultaneamente.

### **6.5 Existe uma equiparação ao suicídio?**

Em diversas situações o estado clínico do paciente afigura-se como muito crítico e, no entender dos profissionais de saúde, a única solução poderá passar pelo recebimento de uma transfusão de sangue – desconsiderando os já mencionados tratamentos alternativos – onde, caso esta hipótese seja recusada pelo paciente, inevitavelmente se produzirá a sua morte.

Cumpramos então questionar se, perante este enquadramento, recusando o paciente a transfusão de sangue que, de acordo com a opinião médica, constitui o meio para salvar a sua vida, podemos conjecturar uma equiparação ao suicídio.

Para procurar fornecer uma resposta a esta questão importa começar por considerar o que é o suicídio e, de seguida, analisar, por um lado, os comportamentos típicos do suicida – passando pelo seu pensamento e objetivo – e, por outro lado, o comportamento de quem recusa um tratamento médico por motivos religiosos.

---

<sup>164</sup> Cf., nota 141.

<sup>165</sup> VÍDEO. Sem Sangue: A medicina encarou o desafio. São Paulo: Associação Torre de Vigia de Bíblia e Tratados, 2002, *apud*, PRATA, Cláudia Alves, *Ob. cit.*, p. 174.



O suicídio – como é de conhecimento geral – designa o ato em que alguém põe fim à própria vida de modo intencional. Um suicida rejeita a vida. Muitas das vezes, a pessoa que se suicida não enfrenta sequer um problema de saúde<sup>166</sup>, pode apenas estar com dificuldades económicas ou outro problema que considere que não tem solução. Ainda que o suicídio não seja atualmente punido,<sup>167</sup> o ato de pôr fim à vida não é dotado de tutela legal.<sup>168</sup>

Ao invés, o paciente que recusa determinado tratamento médico com base em motivos religiosos não tem em vista pôr fim à sua vida. Na realidade ele preza a vida e quer ser tratado. Simplesmente não aceita um tratamento médico em específico, por este contender com os valores que defende, sujeitando-se a todos os outros tratamentos que permitam melhorar ou curar a sua doença. Aqui o paciente que recusa determinado tratamento continua a ter como objetivo recuperar a sua saúde embora não o fazendo a todo o custo, isto é, com base em todo e qualquer tratamento médico. Além disso, não se pode ter como assente que em todas as intervenções médicas a sujeição a transfusões de sangue será sempre tida como necessária e, especialmente, como o único meio de salvar a vida do paciente. Está longe de ser verdade que a recusa a receber transfusões de sangue seja sempre impedimento da sobrevivência do paciente. Ao contrário do que sucede com o suicida, conforme *supra* referenciado, o paciente que recusa a transfusão de sangue quer viver e, se pudesse, sempre optaria pela vida. Ainda assim, quando confrontado com uma situação em que para viver é necessária a sua sujeição a um tratamento médico que, no seu entender, viola a sua consciência, valores e crenças, prefere optar pelo não recebimento de uma transfusão de sangue. Acresce que não se pode considerar a recusa a transfusões de sangue como a rejeição a todo o tipo de tratamentos médicos. Pelo contrário, os pacientes que rejeitam transfusões de sangue por motivos religiosos aceitam submeter-se a todo um universo de tratamentos médicos onde apenas se excecionam as transfusões de sangue, ou seja, não há uma recusa de tratamento médico em termos gerais, mas sim a recusa de um tratamento médico específico.

---

<sup>166</sup> Ainda que, em grande parte dos casos, os atos suicidas se fiquem a dever a doenças do foro psicológico como por exemplo a depressão e a esquizofrenia.

<sup>167</sup> De acordo com a lei inglesa, a tentativa de suicídio era punida com pena de morte. Esta conjectura manteve-se até ao final do séc. XIX.

<sup>168</sup> Existe, porém, punição para as hipóteses de homicídio a pedido da vítima, art. 134º CP, incitamento ou ajuda ao suicídio, art. 135º CP e propaganda ao suicídio, art. 139º CP.

No mesmo sentido segue o Parecer do CNECV de acordo com o qual *“a atitude das Testemunhas de Jeová não pode ser considerada uma atitude suicida nem corresponde, da sua parte, ao exercício de um suposto direito a morrer. O seu desejo de viver, todavia, não sobreleva a vontade de não transgredir os princípios doutrinários do credo religioso que professam”*.<sup>169</sup>

A doutrina consegue, desta forma, estabelecer a destrição entre a maneira de um suicida encarar a vida e os fundamentos de recusa por parte do paciente de se sujeitar a um determinado tratamento médico. Defendem, em larga escala, que os pacientes que recusam a transfusão de sangue por motivos religiosos continuam a ter desejo de viver, até mesmo porque consideram a vida como algo sagrado. Ainda assim, não colocam o seu desejo de viver à frente das suas crenças.

É de mencionar ainda o afirmado por CLÁUDIA ALVES PRATA *“imperioso é ainda referir que quando se fala de uma recusa de transfusão de sangue, não se fala de uma possível forma de eutanásia ou até mesmo de suicídio, mas sim de uma recusa de um tratamento médico com recurso a sangue, fundamentada por motivos religiosos: é nesse sentido que as Testemunhas de Jeová invocam então um direito a um tratamento isento de sangue”*.<sup>170</sup>

Neste sentido, AUGUSTO SILVA DIAS afirma que nos casos de recusa de tratamento médico não podemos direccionar-nos a um caso de suicídio. No seu entender *“falta aqui a «intentio occisiva», requisito fundamental para se poder falar de suicídio: não basta a simples aceitação da possibilidade da morte”*.<sup>171</sup> Continua o autor com os seguintes argumentos: *“sobretudo para pessoas com sentimentos religiosos, há uma grande diferença entre deixar o seu destino ser conduzido do exterior (por Deus) e atribuir a si próprio o motivo decisivo da morte. Enquanto o suicida produz ele próprio a situação ameaçadora da vida – e por isso a recusa de tratamento surge como continuação do acto originário – B [que recusa tratamento médico por motivos religiosos] procura apenas que o percurso do seu destino não seja influenciado por processos terapêuticos que atentem contra a sua crença”*.<sup>172</sup>

---

<sup>169</sup> SOARES, Jorge e ASCENSÃO, J. P. Ramos, *Ob. cit.*, p. 12. No mesmo sentido, SILVA, Paula Martinho da, *A relevância ético-jurídica do consentimento informado em cinco anos de CNECV e um olhar no futuro*, in *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal – uma perspetiva integrada*, Coimbra Editora, 1ª Ed., 2010, p. 69.

<sup>170</sup> PRATA, Cláudia Alves, *Ob. cit.*, p. 171.

<sup>171</sup> DIAS, Augusto Silva, *A relevância jurídico penal (...)*, *Ob. cit.*, p. 127.

<sup>172</sup> *Ibidem*.

Efetivamente, não estamos perante pacientes com uma conduta suicida porque, conforme já referenciado, estes não pretendem pôr fim à sua vida, antes pelo contrário, consideram a vida como algo sagrado e pretendem ser salvos, encontrando o melhor tratamento para a sua doença desde que, saliente-se, não contenda com as suas crenças. Do mesmo modo, também não podemos encarar estes pacientes como tendo a intenção de originar um caso de eutanásia. A partir do momento em que a eutanásia visa proporcionar ao paciente que padece de uma doença que se caracteriza como dolorosa e, alegadamente, incurável, uma morte sem dor, não podemos incluir a situação da recusa de um tratamento médico – *in casu*, transfusões de sangue – neste contexto. Ora, considerando o exposto anteriormente, os pacientes que, por motivos religiosos, recusam submeter-se a uma transfusão de sangue não têm em vista a morte. Os pacientes querem sobreviver e aceitam qualquer tratamento médico com exceção das transfusões de sangue.

Mais se acrescenta que a recusa ao recebimento de transfusões de sangue não tem por objetivo criar entraves ao próprio tratamento, diversamente, como afirma CLÁUDIA ALVES PRATA *“significa, sim, que pretende obter um outro tipo de tratamento que extermine a sua doença ou que, em último caso, atenuar o sofrimento físico que possa estar a sentir”*.<sup>173</sup> Assim, a recusa de tratamento médico não é feita de forma generaliza. Esta recusa direciona-se e opera apenas relativamente aos tratamentos médicos que comportem a administração de sangue, aceitando os pacientes outros tratamentos que efetivamente existem e podem, de igual modo, atenuar ou eliminar a doença do mesmo.

Questão que também merece ser considerada é determinar se, pela recusa a determinado tratamento médico ou intervenção cirúrgica, o dever de garante que impendia sobre o médico, relativamente ao paciente, cessa. Neste sentido consideremos o afirmado por AUGUSTO SILVA DIAS *“a posição de garante do médico baseia-se numa especial posição de proteção de bens jurídicos do paciente e, por consequência, é instrumental em relação à proteção dos mesmos. Assim, se o paciente recusa livre e conscientemente um tratamento ou uma intervenção, ainda que com*

---

<sup>173</sup> PRATA, Cláudia Alves, *Ob. cit.*, p. 183.

*riscos graves para sua vida ou saúde, cessa a posição de garante do médico.*<sup>174</sup> *O entendimento de que esta posição se mantém leva a que o médico continue vinculado a um dever especial de agir para evitar a morte do paciente, o que significa na prática que ele deve impor a este último um tratamento ou intervenção não queridos e, como decorrência necessária, praticar o crime do artº 156”.*<sup>175</sup>

Ainda neste contexto, mas direcionada à imposição de tratamentos, temos a opinião de TERESA QUINTELA DE BRITO e HELENA MORÃO. Ambas procuram justificar, perante a recusa de um paciente à sujeição a um tratamento médico, a atuação do médico contrária a essa vontade socorrendo-se, para o efeito, do art. 154º/3, b) do CP segundo o qual *“O facto não é punível: b) se visar evitar suicídio ou a prática de facto ilícito típico”*. Ainda assim, apesar de ambas partirem desta ideia, os argumentos pelas autoras utilizados são divergentes. Vejamos.

A opinião de TERESA QUINTELA DE BRITO é, essencialmente, *“não cessa o dever de garante do médico em relação à vida e à saúde do paciente perante a oposição deste ao tratamento, precisamente por entender que o sentido da proibição de tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários não é resolver um conflito de bens”*.<sup>176</sup>

Já HELENA MORÃO é a favor da cessação da posição de garante – em clara oposição ao defendido por TERESA QUINTELA DE BRITO neste aspeto – *“e, subsistindo o perigo para a vida ou a saúde do paciente, surge uma permissão de tratamento por via da aplicação analógica da permissão do artº 154 nº3 al.b)”*.<sup>177</sup> Conforme menciona AUGUSTO SILVA DIAS, *“para esta autora, o médico deixa de estar vinculado a um dever de tratar/salvar e passa a dispor de uma faculdade de actuar desse modo, não obstante a vontade contrária do paciente”*.<sup>178</sup>

Ainda que, analisando a posição de AUGUSTO SILVA DIAS, diversas críticas possam ser levantadas às posições defendidas por ambas as autoras, o que para o efeito consideramos que importa ressaltar é a tentativa de equiparar o doente que recusa o tratamento ou intervenção cirúrgica a um suicida. Para o autor *“a aplicação analógica do artº 154 nº3 b) equipara o paciente que recusa o tratamento a um*

---

<sup>174</sup> Também, a favor da posição de cessação do dever de garante perante a recusa do paciente a um tratamento médico vide, ANDRADE, Manuel da Costa, *Consentimento e Acordo em Direito Penal (...)*, Ob. cit., p. 456.

<sup>175</sup> DIAS, Augusto Silva, *Direito penal: parte especial: crimes contra a vida e a integridade física*, 2ªEd., Lisboa: AAFDL, 2007, p. 60.

<sup>176</sup> *Idem.*, p. 62.

<sup>177</sup> *Ibidem.*

<sup>178</sup> *Ibidem.*

*suicida passivo, o que é profundamente errado, como demonstra o caso da Testemunha de Jeová que recusa uma transfusão de sangue como método curativo”.*<sup>179</sup>

Em vista disso, tendo como finalidade comportar a informação acima mencionada, repita-se que as Testemunhas de Jeová ao recusarem ser sujeitas a transfusões de sangue por motivos religiosos não revestem o papel de suicidas. Estas não visam pôr fim à sua vida. Antes, consideram a vida como algo sagrado e pretendem conservá-la, apenas preterindo dela se a sua salvação passar pelo recebimento de transfusões de sangue – o que, conforme afirmado, nem sempre se verifica na medida em que a sobrevivência do paciente não depende, em todas as intervenções médicas, da administração de sangue. Ao mesmo tempo, não caem num caso de eutanásia porque também não visam que alguém ponha fim à sua vida de modo a poder retirá-lo de uma situação de doença extremamente dolorosa ou incurável. Apenas pretendem ser salvos, sujeitando-se a todos os tratamentos que existem e que possam eliminar ou atenuar a sua doença excluindo-se, mais uma vez, os que passem por uma transfusão de sangue.

Parece que, de um modo geral, a doutrina faz a destrição entre estes três núcleos: recusa a tratamento médico (mormente, transfusão de sangue por motivos religiosos), suicídio e eutanásia.

---

<sup>179</sup> *Idem.*, p. 63.

## 7. Em especial: o caso dos menores<sup>180</sup>

### 7.1 O enquadramento do problema

Temos vindo a considerar, até este ponto, que ao paciente é atribuída uma ampla autonomia, sendo possível guiar-se, em regra, pela sua vontade e entendimento quanto à escolha de um tratamento médico, podendo tal escolha passar, inclusivamente, pela recusa à sujeição a um tratamento específico.

Porém, também tem sido feita referência, ao longo deste trabalho, à necessidade de preenchimento de diversos requisitos, incluindo o pressuposto da capacidade.

Cumpra agora analisar um caso concreto onde, em virtude da idade, o paciente é considerado incapaz para a tomada de diversas decisões: o caso dos menores.

Neste tema muitos são os problemas que encontramos: desde logo, importa determinar se os menores são tidos como incapazes para tomar decisões médicas ou se, porventura, o critério da idade não será o único a ser tido em consideração; também, caso se entenda que efetivamente não podem decidir, *per si*, impõe-se questionar: quem deverá tomar a decisão? Serão os pais a decidir? Os profissionais de saúde? E, no caso de os pais recusarem a submissão do menor a determinado tratamento médico, qual o peso que deverá ser dada a essa manifestação de vontade? Ainda que os menores sejam considerados incapazes, deverá a opinião destes ser tida em conta na tomada de decisão?

### 7.2 As normas a considerar

Para a análise mais pormenorizada do caso dos menores, importa começar por fazer um paralelo com o direito civil, o qual fornece diversas indicações sobre a (in)capacidade destes.

De acordo com o exposto no art. 123º do CC, “os menores [idade inferior a 18 anos] *carecem de capacidade para o exercício de direitos*”. Entende-se que, face à idade que têm e à pouca experiência de vida, não se afiguram como capazes de exercer os seus direitos do mesmo modo que alguém mais maduro os exerceria. Daí que, à luz do art. 124º do mesmo diploma, a incapacidade destes seja “*suprida pelo*

---

<sup>180</sup> Apesar de o tema escolhido incidir sobre os menores, a verdade é que também poderia ser analisado o regime dos adultos incapazes. Entre estes dois grupos, pelo menos em alguns aspetos, existem similitudes. Deste modo, ainda que não se pretenda perder a atenção do caso dos menores, será feita, em alguns pontos, uma sucinta abordagem ao segundo grupo com o intuito de estabelecer um paralelo entre ambos.

*poder paternal e, subsidiariamente, pela tutela*”. Assim, fica evidente que, perante uma incapacidade do menor, gerada pelo fator idade, o exercício dos seus direitos ficará a cargo dos detentores do poder paternal ou do tutor.

Porém, cumpre também salientar que, apesar de serem menores, poderão estes praticar diversos atos, conforme se retira do teor do art. 127º CC.<sup>181</sup>

O que a doutrina questiona é se, sendo menores, poderão consentir ou recusar atos médicos, isto é, se além dos casos previstos no art. 127º CC, poderão os menores possuir, utilizando a expressão de ROSA CÂNDIDO MARTINS e SÓNIA MOREIRA, uma *maioridade especial*.<sup>182’183</sup>

Antes demais, importa referir que, apesar de ter sido feita referência às normas civis, o próprio CP fornece, no seu art. 38º/3, indicações relativamente à capacidade para prestar consentimento. Nele podemos ler *“O consentimento só é eficaz se for prestado por quem tiver mais de 16 anos e possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”*. No entender de GUILHERME DE OLIVEIRA, *“a norma que reconhece aos jovens autonomia para consentir não é a norma da maioridade civil mas sim a norma do CP que a reconhece aos 16 anos, (art. 38.º, n.º 3)”*.<sup>184</sup> Assim, tendo o CP uma norma específica para a prestação de consentimento a qual, até mesmo, fornece critérios diferentes dos expostos na lei civil, seguir-se-á, naturalmente, o teor do art. 38º/3 do CP para a análise desta temática.

---

<sup>181</sup> “1. São excepcionalmente válidos, além de outros previstos na lei:

a) Os actos de administração ou disposição de bens que o maior de dezasseis anos haja adquirido por seu trabalho;

b) Os negócios jurídicos próprios da vida corrente do menor que, estando ao alcance da sua capacidade natural, só impliquem despesas, ou disposições de bens, de pequena importância;

c) Os negócios jurídicos relativos à profissão, arte ou ofício que o menor tenha sido autorizado a exercer, ou os praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício.

2. Pelos actos relativos à profissão, arte ou ofício do menor e pelos actos praticados no exercício dessa profissão, arte ou ofício só respondem os bens de que o menor tiver a livre disposição”.

<sup>182</sup> MARTINS, Rosa Cândido, *A criança, o adolescente e o acto médico. O problema do consentimento*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da reforma de 1977*, Vol. I, Direito da Família e das Sucessões, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 792.

<sup>183</sup> MOREIRA, Sónia, *A capacidade dos menores para consentir actos médicos na ordem jurídica portuguesa*, in *Anuário de Direitos Humanos*, n.º 0, 2017, pp. 139 e 143 e ss., disponível em [https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/49556/1/21-Menores%20Actos%20médicosANUARIO n 0 2017.pdf](https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/49556/1/21-Menores%20Actos%20médicosANUARIO%20n%200%202017.pdf), última vez consultado em 28 de Maio de 2018.

<sup>184</sup> ABREU, Catarina Pedro, *As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores – O significado da gillick competence e a possível adoção da figura em Portugal*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012, p. 22.

Este artigo é de extrema relevância porque traz à atenção a problemática da capacidade já amplamente abordada *supra*. Ainda assim, o que aqui se verifica é que é atribuída capacidade aos que tenham idade igual ou superior a 16 anos.

Quanto ao conteúdo das responsabilidades parentais e à educação religiosa, atendemos ao exposto nos arts. 1878<sup>185</sup> e 1886<sup>186</sup> do CC. Ainda no que diz respeito às responsabilidades parentais, importa considerar o que se encontra nos arts. 1915<sup>187</sup> e 1918<sup>188</sup> do CC. Estes dois últimos artigos assumiram um papel relevante aquando a consideração do ponto que incide sobre quem pode decidir quanto à realização de um tratamento médico na circunstância de o menor não ser tido como capaz.<sup>189</sup>

### 7.3 A consideração da capacidade

A análise da questão da capacidade ganha novos contornos quando estudamos o caso dos menores. À luz deste artigo, a escolha quanto a um tratamento médico estará limitada a quem tenha, pelo menos, 16 anos. Significa isto que os menores com, por exemplo, 15 anos e 11 meses não poderão decidir? E aqueles que se poderiam ver confrontados com a necessidade de tomar uma decisão quanto à sujeição a um tratamento médico nas vésperas de fazerem 16 anos, estariam ainda assim impedidos? Será que o dia seguinte serviria para tornar estes menores pessoas com um elevado discernimento? Porquê esta limitação? Qual o critério

---

<sup>185</sup> “1. Compete aos pais, no interesse dos filhos, velar pela segurança e saúde destes, prover ao seu sustento, dirigir a sua educação, representá-los, ainda que nascituros, e administrar os seus bens. 2. Os filhos devem obediência aos pais; estes, porém, de acordo com a maturidade dos filhos, devem ter em conta a sua opinião nos assuntos familiares importantes e reconhecer-lhes autonomia na organização da própria vida”.

<sup>186</sup> “Pertence aos pais decidir sobre a educação religiosa dos filhos menores de dezasseis anos”.

<sup>187</sup> “1. A requerimento do Ministério Público, de qualquer parente do menor ou de pessoa a cuja guarda ele esteja confiado, de facto ou de direito, pode o tribunal decretar a inibição do exercício das responsabilidades parentais quando qualquer dos pais infrinja culposamente os deveres para com os filhos, com grave prejuízo destes, ou quando, por inexperiência, enfermidade, ausência ou outras razões, se não mostre em condições de cumprir aqueles deveres.

2. A inibição pode ser total ou limitar-se à representação e administração dos bens dos filhos; pode abranger ambos os progenitores ou apenas um deles e referir-se a todos os filhos ou apenas a algum ou alguns.

3. Salvo decisão em contrário, os efeitos da inibição que abranja todos os filhos estendem-se aos que nascerem depois de decretada”.

<sup>188</sup> “Quando a segurança, a saúde, a formação moral ou a educação de um menor se encontre em perigo e não seja caso de inibição do exercício das responsabilidades parentais das responsabilidades parentais, pode o tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer das pessoas indicadas no n.º 1 do artigo 1915.º, decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência”.

<sup>189</sup> Vide *infra* ponto 7.7.



utilizado aqui? Será esta, efetivamente, a melhor solução? Serão todos os menores de 16 anos incapazes e, ao invés, todos os com idade igual ou superior a 16 anos capazes de decidir?

Como se pode ver muitas são as questões colocadas e, a verdade, é que nem sempre temos resposta para elas.

É consabido que os menores, precisamente por essa circunstância, são pouco experientes, não conseguem entender diversas questões da vida e, por esses motivos, precisam de uma maior proteção. Ainda assim, como facto natural, à medida que crescem desenvolvem as suas capacidades, sejam estas físicas ou mentais. As situações que anteriormente não compreendiam, passam a fazer sentido e, diariamente, assumem cada vez mais responsabilidades. Face a esta evolução na maturidade dos menores, os pais deixam de se imiscuir tanto na vida dos filhos, permitindo que sejam eles a tomar diversas decisões, as quais assumem mais relevância à medida que estes também correspondem ao nível de confiança depositado.

O que aqui importa determinar é se as questões médicas são incluídas no conjunto de situações que o menor pode decidir ou se, ao invés, a escolha de determinado tratamento médico não poderá ser por este considerada.

A doutrina tende a aceitar, como fazendo parte da autonomia do paciente, a recusa a determinado tratamento médico. No entanto, esta ideia é unicamente direcionada quando a escolha é feita por um doente capaz. Se este, sendo capaz e, previamente informado dos riscos associados à sua decisão – e de todos os aspetos que foram mencionados anteriormente – decide não ser sujeito a certa intervenção então, por respeito à sua decisão, em regra, os médicos seguirão a vontade do paciente.

Porém, se estivermos perante um paciente incapaz, a liberdade que este dispunha de decidir por si, de manifestar a sua vontade relativamente ao destino da sua saúde, é coartada. Este entendimento fica bem expresso quando consideramos algumas afirmações de diversos autores. Mencionemos, desde logo, o defendido por ADRIANO MARTELETO GODINHO *“a posição até aqui firmada parte do pressuposto de que compete ao paciente aceitar ou repudiar tratamentos que digam respeito à sua própria vida, não sendo viável aplicar o mesmo entendimento aos casos em que os*

*pacientes sejam incapazes*".<sup>190</sup> Destas palavras podemos retirar duas conclusões: o autor considera que os menores não podem decidir sobre questões de saúde e que, como tal, não se segue o mesmo regime que é aplicado aos pacientes capazes.

Na mesma linha de pensamento temos a opinião de LAURA FERREIRA SANTOS, segundo a qual, *"no entanto, se nos parece legítima a recusa de tratamento por parte de uma pessoa com capacidade decisional intacta, já a recusa de tratamento por parte de uma pessoa que perdeu essa capacidade soa-nos a algo de problemático"*.<sup>191</sup> Apesar de resultar que as palavras da autora são dirigidas aos pacientes adultos que, por algum motivo, deixaram de ser considerados capazes,<sup>192</sup> parece poder entender-se que, seguindo a lógica perfilhada pela mesma, se alguém que era capaz e deixou de o ser não pode decidir, então alguém que nunca foi capaz – por ainda não ser maior – não poderá, igualmente, manifestar a sua vontade relativamente a questões de tratamento médico.

Também ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES faz uma destriça consoante estejamos perante um caso de um menor ou de um adulto visto que afirma *"haverá que distinguir se se trata de um doente menor ou que já tenha atingido a maioridade pois há diversidade de regimes"*.<sup>193</sup>

Ainda, o Parecer do CNECV 46/CNECV/05, no seu ponto 10 afirma que *"Os doentes interditos ou com anomalia psíquica e os doentes menores de idade carentes do discernimento necessário não podem considerar-se como tendo competência para assumir decisões sobre cuidados de saúde (...)"*.

Das afirmações da doutrina, parece que se pode depreender que o entendimento que se tem como assente é que os menores, além de equiparados aos doentes interditos e/ou com anomalia psíquica, são considerados como incapazes para proferirem decisões quanto à sua saúde. E porque é que tem sido assim entendido? Bom, os autores, de acordo com o *supra* exposto, reconduzem esta negação à alegada falta de preenchimento do requisito da capacidade. Quer-se com isto dizer que, para eles, os menores ainda não se afiguram como capazes para tomarem decisões desta dimensão. E no que é que se baseiam? No critério da idade.

---

<sup>190</sup> GODINHO, Adriano Marteleto, *Ob. cit.*, p. 398.

<sup>191</sup> SANTOS, Laura Ferreira, *Ob. cit.*, p. 24.

<sup>192</sup> Imagine-se que o paciente, conforme já exemplificado anteriormente, sofre de uma doença como o Alzheimer ou, até mesmo, que enfrenta um caso de incapacidade temporária por ter sofrido um acidente e ter dado entrada no hospital em estado inconsciente.

<sup>193</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Consentimento informado (...)*, *Ob. cit.*, p. 43.

#### 7.4 O critério da idade

Este é o principal critério utilizado pela doutrina para fundamentar as suas opiniões. Direccionam-se quase que, única e exclusivamente à seguinte afirmação: menores com idade inferior a 16 anos não têm capacidade para consentir.

Ainda assim, alguns autores têm procurado estabelecer dois grupos de casos: o primeiro direccionado às hipóteses em que estamos perante um menor com idade igual ou superior a 16 anos e, o segundo, diz respeito aos casos em que um menor com idade inferior a 16 anos pretende prestar o seu consentimento ou dissentimento para a realização de um tratamento médico.

Tendo em vista uma maior facilidade de compreensão da matéria, será seguida essa organização, isto é, analisar-se-á, em primeira mão, os contornos da decisão do menor com idade igual ou superior a 16 anos e, seguidamente, o que cumpre oferecer relativamente aos menores que ainda não atingiram os 16 anos.

- **Os menores com idade igual ou superior a 16 anos**

A fixação da idade de 16 anos para a prestação de consentimento para diversas questões de saúde encontra-se relacionada com a idade a partir da qual alguém pode ser responsabilizada penalmente e, também, por se considerar que *“é esta a idade que indicia (até prova concludente em contrário) o mínimo necessário de desenvolvimento intelectual e de participação na comunidade”*.<sup>194</sup>

Estes são os casos que menos problemas colocam. Seguindo o que resulta do já mencionado art. 38º/3 do CP se, estivermos perante um menor, com idade igual ou superior a 16 anos e com discernimento necessário para avaliar os contornos do consentimento então, o consentimento por ele prestado para a realização de determinado tratamento médico ou, até mesmo, a sua recusa face a este, será tido como eficaz.

De acordo com o entendido por JOÃO GOUVEIA DE CAIRES, aos menores com idade igual ou superior a 16 anos *“apenas é necessário que não se verifique qualquer anomalia psíquica (v.g. demência) para que o seu consentimento seja válido”*.<sup>195</sup>

Também, SÓNIA MOREIRA, considera que *“se o menor atingiu os dezasseis anos, realizar a transfusão de sangue contrariamente à sua vontade, expressamente*

---

<sup>194</sup> CAIRES, João Gouveia, de, *Ob. cit.*, p. 101.

<sup>195</sup> *Idem.*, p. 99.

*manifestada e consciente dos riscos, seria negar a sua liberdade religiosa. Se o menor com mais de dezasseis anos não consentir a transfusão de sangue depois de ter sido devidamente informado sobre os riscos de a recusar, em princípio, deveria ser tratado como um adulto*".<sup>196</sup>

Tendo como preenchido o pressuposto da idade, a questão que aqui se poderá colocar incide sobre a determinação do discernimento do menor. Ou seja, o que é que se pode considerar como *discernimento necessário*.<sup>197</sup>

- **Os menores com idade inferior a 16 anos**

Aqui, poder-se-ia, à partida, considerar que sendo menores com idade inferior a 16 anos, a possibilidade de consentirem na realização de um tratamento médico estaria excluída por força do art. 38º/3 do CP na medida em que este artigo limita a validade do consentimento aos casos em que o menor tenha mais de 16 anos.

A doutrina, em regra, tem sido muito apologista do critério da idade, escudando-se, deste modo, no teor do art. 38º/3 do CP. De facto, seguir linearmente o que se encontra estabelecido nesse artigo, sem se levantarem questões, parece ser a solução que menos problemas coloca.

No entender de JOÃO GOUVEIA DE CAIRES *"aos menores, com idade compreendida entre os 14 e os 16 anos é exigido que se demonstre o discernimento (pois parece presumir-se que estes não o possuem)"*.<sup>198</sup> Afirma ainda que *"(...) entre os 14 e os 16 anos, não deverá recusar-se em absoluto o consentimento para o tratamento médico. (...) O cuidado na comprovação desta capacidade natural nos menores com idade compreendida entre os 14 e os 16 anos deve ter um grau mais elevado do que aquele que deve ser atendido entre os menores maiores de 16 anos"*.<sup>199</sup>

Este autor também exclui a atribuição de capacidade aos menores de 14 anos, impedindo, assim, à partida que estes prestem consentimento afirmando, para o efeito, que *"por exclusão, os menores com idade inferior a 14 anos não têm qualquer capacidade pelo que, em princípio, não podem prestar o consentimento"*.<sup>200</sup>

---

<sup>196</sup> MOREIRA, Sónia, *Ob. cit.*, p. 156.

<sup>197</sup> Tal será abordado neste capítulo, sob o ponto 7.5 *O critério do discernimento necessário*, vide pp. 76 e ss.

<sup>198</sup> CAIRES, João Gouveia de, *Ob. cit.*, p. 99.

<sup>199</sup> *Idem.*, p. 104.

<sup>200</sup> *Idem.*, p. 99.

Ainda que a maturidade seja o critério que, em regra, é utilizado para que se possa aferir a maturidade da pessoa – atente-se que, muitas vezes, é utilizada a seguinte expressão *“ainda és muito novo para entender”* – poderemos determinar que a idade é o único fator a ter em conta quando verificamos se um menor deve ser tido como capaz? Talvez não.

Conforme já mencionado, pode dar-se o caso de alguém com idade inferior a 16 anos ter mais maturidade do que alguém mais velho. Será que nestes casos deverá, ainda assim, limitar-se a validade do consentimento apenas por falhar o requisito da idade? Ou seja, um menor de 15 anos e 10 meses que tenha discernimento necessário, estará impedido de prestar o seu consentimento? Será que os 2 meses que faltam para perfazer os 16 anos irão proporcionar-lhe alguma qualidade ou capacidade que já não tenha aos 15 anos e 10 meses?

Estas considerações mostram que, além do critério da idade, é necessário que sejam considerados outros aspetos que permitam formar uma opinião relativamente à (in)capacidade do menor de um modo mais fundamentado e com mais elementos de avaliação à disposição.

Apesar de a idade assumir clara relevância para este processo trata-se, ainda assim, de um mero indício, impedindo que a formação de uma atribuição ou limitação de capacidade se resuma apenas à sua consideração. Ao invés, devem ser considerados fatores como: maturidade, discernimento, relacionamento, entre outros.

Sobre este assunto consideremos o afirmado por CATARINA PEDRO ABREU *“(...) embora a maturidade advenha normalmente com a idade, existem vários outros fatores que influenciam o desenvolvimento psicológico do menor e que formam a sua personalidade como a educação, o relacionamento familiar, a inserção social, etc. A maturidade não surge no dia em que o menor faz 16 ou 18 anos. É um longo processo que ocorre para cada pessoa num momento diferente. Por isso, entendemos que fixar a idade em que o menor atinge esse amadurecimento e, conseqüentemente, adquire capacidade para consentir, não é viável, pois varia de situação para situação”*.<sup>201</sup>

Também, de acordo com JOÃO GOUVEIA DE CAIRES *“a idade deve ser teleologicamente entendida apenas como um indício do discernimento pois o*

---

<sup>201</sup> ABREU, Catarina Pedro, *Ob. cit.*, p. 24.

*preenchimento deste crivo comporta a satisfação da dignidade da pessoa humana entendida como axioma fundamental que não se satisfaz em “números” mas apenas numa legitimação substancial”.*<sup>202</sup>

Deste modo, o requisito da idade não poderá ser o fator determinante para aferir a capacidade do menor, mas sim um indício entre vários outros. Esta ideia facilmente se compreenderá quando pensamos que jovens de 15 anos, por vezes, conseguem ser mais maduros do que outros mais velhos. Isto leva a que um menor de 16 anos possa, em alguns casos, acabar por ter mais maturidade do que um menor com idade superior a 16 anos ou, até mesmo, do que um adulto.

Esta variante que se verifica no critério da idade não permite, salvo melhor opinião, considerar este pressuposto como totalmente fiável cumprindo, assim, partir para o segundo critério que – entre outros – deve ser tido em conta para aferir da capacidade do menor prestar o seu consentimento, conforme resulta do já *supra* exposto art. 38º/3 do CP, isto é, “possuir o discernimento necessário para avaliar o seu sentido e alcance no momento em que o presta”.

### **7.5 O critério do discernimento necessário**

Para um melhor enquadramento deste critério e dos problemas que dele podem advir, atentemos no afirmado por SÓNIA MOREIRA, “o que estará em causa será um consentimento tolerante, que não está sujeito aos princípios que regem a capacidade em matéria de negócios jurídicos, devendo ser dado pelo próprio menor desde que tenha a suficiente maturidade para a avaliação das respetivas consequências. Portanto, a pessoa em questão não tem de ser maior de idade (ou emancipada). Basta que possua uma capacidade natural para consentir. Assim, se o menor em causa tiver maturidade suficiente para entender plenamente o significado do seu ato, conforme a gravidade do caso concreto, poderá validamente prestar o seu consentimento”.<sup>203</sup>

Aqui, acrescenta-se um segundo critério a ter em consideração: maturidade suficiente. Este pressuposto também se encontra estabelecido no art. 38º/3 do CP, já mencionado, quando se lê “possuir o discernimento necessário”. Deste modo, fica evidente que a idade não pode ser o único fator a ser tomado em conta. Aliás, analisando de modo mais cuidadoso o teor deste artigo – “*mais de 16 anos e possuir*

---

<sup>202</sup> CAIRES, João Gouveia de, *Ob. cit.*, p. 100.

<sup>203</sup> MOREIRA, Sónia, *Ob. cit.*, p. 153.

*o discernimento necessário*<sup>204</sup> – podemos verificar que os dois requisitos são cumulativos, ou seja, não basta que o menor tenha 16 anos, ele tem de possuir o discernimento necessário. Isto significa que, em diversas situações, podemos estar perante um menor de 16 ou 17 anos que, apesar de à luz deste artigo já ter idade para prestar o seu consentimento para atos médicos, pode não ter o discernimento necessário para o efeito.

Alguns autores direcionam este conceito – discernimento necessário – à compreensão do tratamento médico. Quer um, quer outro, afiguram-se como de difícil determinação, isto é, não se consegue afirmar, simplesmente, o que se pode entender como discernimento necessário ou como compreensão do tratamento.

Na realidade, podem surgir perguntas como: que fatores indiciam a existência do discernimento necessário? Qual a medida de discernimento ou compreensão que se exigem?

No entender de SCARMAN *“a expressão significa que o menor deve ter plena compreensão do concreto tratamento que lhe é proposto e não apenas a capacidade para o compreender. Isto permite que a autonomia do menor seja avaliada para cada situação, ao invés de se pensar abstratamente numa capacidade que poderia valer para qualquer tratamento, o que seria absolutamente redundante, pois não é o facto de o menor ser competente para consentir num tratamento que também será para outro”*.<sup>205</sup>

Destas palavras podemos retirar a necessidade de se fazer uma análise casuística em vez de se atribuir uma capacidade ilimitada ao menor, retirando-lhe assim uma espécie de possibilidade vitalícia de sempre consentir. Pelo contrário, face a cada tratamento médico que o menor se veja na iminência de realizar, deverá aferir-se da sua capacidade para consentir.

De acordo com CATARINA PEDRO ABREU, *“compreender um tratamento concreto implica compreender a natureza, os objetivos, os riscos, os efeitos secundários e as possíveis consequências do tratamento, assim como as consequências de não o fazer”*.<sup>206</sup>

---

<sup>204</sup> Sublinhado e negrito nossos.

<sup>205</sup> ABREU, Catarina Pedro, *Ob. cit.*, p. 17.

<sup>206</sup> *Idem.*, p. 18.

Como se pode verificar, estas exigências assemelham-se ao anteriormente exposto aquando a análise do requisito da informação para efeitos de consentimento. Do mesmo modo que o paciente adulto tem de estar informado relativamente a diversos fatores para que possa consentir na realização de certo tratamento médico – só assim ocorrendo um consentimento esclarecido – também, o mesmo cuidado deve ter-se quando estamos perante um menor.

Agora surge a questão: quem deve verificar a existência de discernimento necessário por parte do menor para que possa consentir num determinado tratamento médico?

Tem sido entendido que este ónus de verificação impende sobre o médico. À semelhança do que ocorre com os requisitos do consentimento – capacidade e informação – deverá ser o médico a concluir se o paciente tem o discernimento necessário para que se possa dar como assente este pressuposto da capacidade dos menores para consentir na realização de um tratamento médico.

Seguindo o afirmado por CATARINA PEDRO ABREU, *“o médico, com base na maturidade do menor, deve aferir da capacidade de compreensão de qualquer menor relativamente a qualquer tratamento médico, seja este uma cirurgia aos olhos, uma transfusão de sangue, ou um simples tratamento de uma gripe. Independentemente da natureza do tratamento, se o menor for considerado capaz, só o seu consentimento interessa e torna lícita a intervenção (...)”*.<sup>207</sup>

Para que o médico possa avaliar se o paciente menor compreendeu o que se encontra envolvido na realização do tratamento médico deve, em paralelo com o que foi mencionado anteriormente face aos pressupostos do consentimento, assegurar que o doente foi devidamente informado para que a sua decisão seja fundamentada. Esta necessidade de informar o doente, até ao necessário<sup>208</sup>, mais uma vez, recai sobre o médico. É o que se retira das palavras de CATARINA PEDRO ABREU *“é sobre o médico que recomenda o tratamento que recai o dever, não só deontológico mas também legal, de se certificar que o doente recebeu toda essa informação e ficou plenamente satisfeito com as respostas às suas perguntas, isto é, devidamente esclarecido”*.<sup>209</sup>

---

<sup>207</sup> *Idem.*, pp. 25 e 26.

<sup>208</sup> *Vide* ponto 3.3, pp. 20 e ss.

<sup>209</sup> ABREU, Catarina Pedro, *Ob. cit.*, p. 26.



A inexistência da prestação de informação ao paciente ou a sua insuficiência, acarreta cominação igual à estabelecida para a falta ou parca informação a um doente capaz. Conforme analisado *supra* o requisito do esclarecimento encontra-se estabelecido no art. 157º do CP. A inexistência de esclarecimento suficiente ao paciente leva a que este, vendo-se confrontado com a necessidade de tomar uma decisão relativamente à sua saúde, não a tome ponderando todos os fatores que deveria ter em conta por desconhecimento dos mesmos. Assim, não estaremos perante uma decisão fundamentada e consciente. Faltando, deste modo, o requisito da informação para o consentimento, este não é tido como válido. Inexistindo consentimento válido, a atuação do médico nestes termos constituirá uma intervenção arbitrária à luz do art. 156º do CP.

Deste modo, e em suma, sobre o médico incide o ónus de avaliar se o menor dispõe do discernimento necessário para consentir na realização de um tratamento médico e, ao mesmo tempo, deverá este garantir que ao paciente é facultada toda a informação exigida para que o menor forme a sua convicção e possa, fundamentadamente, decidir.

#### **7.6 Recusa dos menores face a determinado tratamento médico**

Atendendo às considerações que temos deixado até ao presente momento, cumpre questionar se os menores podem, ou não, recusar a realização de certo tratamento médico.

Esta questão é extremamente relevante uma vez que, assim como vimos relativamente aos adultos capazes, a participação do paciente na escolha do destino que é dado à sua saúde e, conseqüentemente, à sua vida, é evidência do abandono da época do paternalismo médico. Atualmente, vigorando o princípio da autonomia do paciente e estando enraizada a necessidade de consentimento do mesmo para a atuação dos profissionais de saúde tendo, o primeiro, participação ativa na tomada de decisões, impõe-se saber se os menores também são incluídos nesta nova realidade.

Assim, é importante ter em conta não só o que ficou dito relativamente aos critérios acima mencionados – idade e discernimento – mas também se estes critérios apenas se direcionam à capacidade do menor consentir ou se, ao invés, também são dirigidos à possibilidade de o menor dissentir. Isto é, a averiguação que

é feita à capacidade do menor é única e exclusivamente dirigida à finalidade de este prestar ou seu consentimento para a realização de certo tratamento médico ou, ao contrário, deverão os mesmos critérios ser tidos em conta para que se avalie se o menor pode recusar certo tratamento médico? Consideremos.

Partindo do exposto no Parecer 46/CNECV/2005, ponto 10, *“os doentes interditos ou com anomalia psíquica e os doentes menores de idade carentes do discernimento necessário não podem considerar-se como tendo competência para assumir decisões sobre cuidados de saúde (...)”*.

Também, tendo por base o afirmado por SÓNIA MOREIRA, se os menores tiverem idade inferior a 16 anos, *“é aos pais que cabe decidir sobre a sua orientação e educação religiosa”*.<sup>210</sup> Assim, pelo entendimento da autora, não podem os menores decidir, por força do critério da idade, quanto a aspetos médicos.

Deste modo, considerando o que até aqui foi dito, poder-se-ia proferir as seguintes ideias: menores com idade igual ou superior a 16 anos e com discernimento necessário podem manifestar a sua vontade relativamente à realização de um tratamento médico; menores com idade inferior a 16 anos, ainda que preenchendo o requisito do discernimento necessário não podem decidir.<sup>211</sup>

Porém, tem sido entendimento de alguma doutrina que os critérios apontados *supra* apenas são direcionados à prestação de consentimento excluindo-se, assim, o dissentimento. Quer-se com isto dizer que diversos autores tendem a afirmar que os menores apenas poderão ter capacidade – a dar-se como preenchidos os critérios de idade e discernimento necessário – para prestarem o seu consentimento face à realização de uma intervenção médica e não para a recusa do mesmo.

Tomemos como exemplo as considerações de CATARINA PEDRO ABREU aquando a abordagem a esta temática *“no Reino Unido, algumas decisões subsequentes a Gillick vieram atribuir capacidade aos menores somente para procurar tratamento médico mas não para compreender as consequências de uma recusa, ex: em 1990, um menor de 15 anos com leucemia recusou uma transfusão de sangue, essencial à sua sobrevivência, por ser Testemunha de Jeová. Embora ele tenha sido*

---

<sup>210</sup> MOREIRA, Sónia, *Ob. cit.*, p. 155.

<sup>211</sup> Importa referir que temos este entendimento como discutível. Porém, conforme tem sido o seguimento desta dissertação, a opinião defendida será enunciada no final.

*considerado extremamente inteligente, maduro e capaz de tomar as suas próprias decisões, o tribunal negou-lhe a competência para recusar o tratamento por entender que o menor só optaria por tal caminho se não compreendesse as consequências de tal decisão. As transfusões de sangue prosseguiram contra a sua vontade”.*<sup>212</sup>

Na mesma linha vai o afirmado por SÓNIA MOREIRA ao trazer à atenção dois entendimentos da doutrina: o primeiro diz respeito aos autores que negam, por completo, a possibilidade de o menor recusar um tratamento médico; o segundo direciona-se aos autores que admitem que o menor possa recusar um tratamento médico mas, visto serem menores, impõe-se um controlo mais marcado. Quanto ao primeiro grupo afirma que *“(...) o menor terá capacidade para consentir, para permitir que a sua integridade física seja violada, mas não para discordar, para impedir que determinada intervenção médica, necessária para assegurar a sua saúde, ou a sua vida, possa realizar-se”.*<sup>213</sup> Já o segundo grupo parte da ideia de que *“se um menor que não consente na realização de atos médicos necessários, mesmo após ter sido devidamente esclarecidos das consequências da sua recusa, provavelmente dará indícios de que, afinal, não possui capacidade natural para decidir (...). Afirmam que se deve exigir ao menor que queira dissentir um grau de competência superior àquele que é exigível para o consentimento (...)”.*<sup>214</sup>

No seguimento desta segunda linha de orientação, a doutrina tem questionado o que deve ser aplicado quando o menor, ainda que preenchendo os critérios em causa, decida de modo diverso àquele que seria esperado ou, dito de outra forma, em contradição com o que é tido como melhor interesse deste. CATARINA PEDRO ABREU traz-nos à atenção o seguinte entendimento *“(...) nestas situações, quando o médico considere que o menor não está a agir em seu próprio benefício, deve poder vetar essa sua decisão, sobrepondo-se assim a preservação da saúde e da vida do menor à sua autonomia”.*<sup>215</sup>

Ora, atendendo ao mencionado art. 1886º do CC, os menores com 16 anos podem escolher livremente a sua religião. Se podem escolher a religião, depreende-se que tenham capacidade para compreender o que está envolvido na mesma, o que a define, quais os valores que a caracterizam. Se assim é, um jovem de 16 anos, ao

---

<sup>212</sup> ABREU, Catarina Pedro, *Ob. cit.*, p. 30.

<sup>213</sup> MOREIRA, Sónia, *Ob. cit.*, pp. 160 e 161.

<sup>214</sup> *Idem.*, p. 161.

<sup>215</sup> ABREU, Catarina Pedro, *Ob. cit.*, p. 19.

adquirir liberdade de escolha de religião e, querendo seguir a religião que escolheu, deve poder tomar decisões que se adequem à mesma. Um jovem de 16 anos que é Testemunha de Jeová, pode ver-se impedido de recusar um tratamento médico? Se a religião que escolhe não aceita transfusões de sangue e se o jovem lhe viu ser reconhecida capacidade para escolher a religião, também deveria poder determinar-se por ela.

Conforme salienta AUGUSTO SILVA DIAS, *“não teria realmente sentido garantir ao indivíduo a inviolabilidade da liberdade interior de decisão em consciência e privá-lo seguidamente da liberdade de agir em conformidade com a decisão tomada. O contrário constituiria um cinismo contra a pessoa coberto com a aparência de respeito”*.<sup>216</sup>

Considerando esta discussão em torno da possibilidade de os menores recusarem certo tratamento médico – ainda que preenchidos os critérios analisados – sempre se dirá, a título de antecipação, que a nossa opinião não é concordante com esta indo, ao invés, em sentido oposto. No entanto, considerando a hipótese de falhar algum dos critérios para que o menor possa manifestar a sua vontade, cumpre discutir quem é que deve decidir nestas situações. Aproveitar-se-á, ainda, para fazer um paralelo com os casos dos adultos incapazes de modo a verificar se existem pontos em comum entre ambos os casos.

### **7.7 A quem incumbe decidir em caso de incapacidade do menor?**

Perante a hipótese de um menor recusar ser sujeito a determinado tratamento médico e, considerando-se este como incapaz para manifestar a sua vontade, impõe-se colocar as seguintes questões: quem deverá decidir se o tratamento médico será realizado? Estará esta decisão a cargo dos seus representantes legais? Terão de ser ambos os representantes a manifestar a sua decisão ou bastará apenas a opinião de um? E, no caso de estes decidirem em sentido contrário à opinião dos médicos? Em caso de discórdia entre o entendimento dos médicos e dos pais, a vontade destes últimos será ouvida ou verificar-se-á um detrimento da mesma?

---

<sup>216</sup> DIAS, Augusto Silva, *A relevância jurídico penal (...)*, Ob. cit., p. 68.

Diga-se, desde já, que a análise subjacente a este tópico contende com o que *supra* se mencionou relativamente ao consentimento, isto é, quanto à pessoalidade do mesmo. Quer-se com isto significar que, em regra, quem deve prestar o consentimento ou, por hipótese, o dissentimento, para a prática de um ato médico é o próprio paciente. Porém, aqui chegados, deparamo-nos com a hipótese de o paciente não poder ou não ser capaz de se manifestar relativamente ao que entende ser o melhor para si e, consequentemente, de transmitir a sua vontade.

Conforme afirmado por ADRIANO MARTELETO GODINHO *“nestas circunstâncias, a manifestação acerca dos cuidados com a saúde caberá, em princípio, aos seus representantes legais”*.<sup>217</sup>

Antes de mais importa considerar que as atuações sempre devem visar o melhor interesse do menor, sejam estas tomadas pelos pais do menor, sejam tomadas pelo profissional de saúde. Porém, conforme mencionado anteriormente, o conceito de melhor interesse – do menor, ou não – é indeterminado. Aquilo que o médico pode ter como melhor interesse para o doente pode, na realidade, não se afigurar como o que este entende ser o melhor para si. Deste modo, questões complexas surgem porque, além de ser necessário apurar quem tem de decidir no lugar do menor, também a consideração do melhor interesse deste não é simples de determinar.

Ainda assim, partindo do entendimento de que as atuações são no melhor interesse do menor, segundo o entendido por CATARINA PEDRO ABREU *“(…) especialmente quando a criança é muito pequena, não há dúvida de que são os pais quem sabe o que é melhor para esta e, sendo assim, são estes que decidem se o tratamento há-de prosseguir ou não. No que respeita a tomada de decisões médicas, vigora uma presunção de inocência, o que significa que, até que o menor prove que é competente para tomar uma decisão acerca de um determinado tratamento por si mesmo (...) o médico deve partir do pressuposto que (...) é necessária a obtenção do consentimento dos pais”*.<sup>218</sup>

A mesma autora expõe que, até ao momento em que o menor é considerado capaz para consentir, *“caberá aos pais a tomada de decisões, devendo estes orientar-se exclusivamente pelo bem-estar do menor e ouvir a sua opinião”*.<sup>219</sup>

---

<sup>217</sup> GODINHO, Adriano Marteleto, *Ob. cit.*, p. 398.

<sup>218</sup> ABREU, Catarina Pedro, *Ob. cit.*, pp. 18 e 19.

<sup>219</sup> *Idem.*, p. 24.

Anteriormente à consideração da possibilidade de existirem exceções à atribuição da decisão aos pais, importa fazer um pequeno parêntesis relativamente à possibilidade de os menores verem a sua opinião ser tida em conta. Dada a situação de incapacidade dos menores para manifestar a sua vontade relativamente a determinado ato médico, poderá questionar-se se, ainda assim, a opinião dos mesmos pode ser ouvida ou se, pelo contrário, não é relevada.

A resposta parece resultar do art. 1878º/2 do CC, o qual considera que os pais devem ter em conta a opinião dos menores atendendo à maturidade que estes demonstrarem ter. Além disso a última afirmação de CATARINA PEDRO ABREU, *supra* citada – “*caberá aos pais a tomada de decisões, devendo estes orientar-se exclusivamente pelo bem-estar do menor e ouvir a sua opinião*”<sup>220</sup> – parece evidenciar que a opinião dos menores deve ser considerada. A mesma autora argumenta ainda que “*as crianças precisam ser ouvidas quando estão em causa decisões que as afetam*”.<sup>221</sup>

Apesar de, em regra, a decisão quanto aos tratamentos médicos – quando estejamos perante menores considerados incapazes – ser atribuída aos pais, o que dizer quando estes, por motivos religiosos, recusam que o filho seja submetido a determinado tratamento médico? Será que ainda assim poderá a eles recorrer-se aquando a tomada de decisão? A doutrina tende a considerar que não. Nestes casos a possibilidade de os pais decidirem seria excluída. Porquê?

Tem sido entendimento que a recusa dos pais em consentir que o filho seja submetido a um tratamento médico – nomeadamente a transfusões de sangue – não deve ser atendida por diversos argumentos: em primeiro lugar, colide com o que seria de esperar das responsabilidades parentais; em segundo, argumenta-se que os pais não são donos dos filhos, não podendo ser a estes atribuída a possibilidade de decidirem pelos mesmos; e, por último mas não menos importante, considera-se que esta manifestação de vontade por parte dos pais seria um atentado ao melhor interesse do menor.

CATARINA PEDRO ABREU explica que “*os pais não podem recusar um tratamento que é medicamente indicado e indispensável para afastar doença grave ou*

---

<sup>220</sup> Sublinhado nosso.

<sup>221</sup> ABREU, Catarina Pedro, *Ob. cit.*, p. 28.

*salvar a vida do menor, seja quais forem os fundamentos. Se o fizerem o médico pode e deve recorrer ao tribunal de modo a suprir essa recusa através dos adequados meios legais, podendo o tribunal substituir-se à vontade dos pais, limitando o poder paternal”.*<sup>222</sup>

A recusa dos pais em permitir que o filho seja submetido a um tratamento médico é vista como uma rejeição destes a que sejam procurados os melhores interesses do menor. Se, a admitir-se este entendimento, os pais não visam o melhor interesse do filho então, estaria em causa e, até, em perigo, a saúde do menor, conforme resulta do art. 1918º do CC. Nestes termos, de acordo com o que se retira do mencionado preceito, pode o Tribunal, a requerimento do Ministério Público ou de qualquer pessoa referida no art. 1915º do CC, “*decretar as providências adequadas, designadamente confiá-lo a terceira pessoa ou a estabelecimento de educação ou assistência*”.

No entender de ÁLVARO DA CUNHA RODRIGUES “*em caso de perigo iminente de vida, não havendo tempo para tal providência [a que consta do art. 1918º do CC], pensamos que a eventual ilicitude de atuação médica deverá ser excluída por recurso ao disposto no art. 34.º ou no art. 36.º CP*”.<sup>223</sup>

Com base no argumento de que os pais não são donos dos filhos, pretendem os autores trazer à atenção que aos primeiros não é permitido decidir tão livremente como se a manifestação de vontade incidisse sobre eles, ou seja, o consentimento prestado pelo próprio terá um valor e peso diferente do que o consentimento prestado por um terceiro. Assim, os pais ao decidirem – em virtude da incapacidade do menor – estão a decidir não sobre algo que irá direcionar-se a eles, neste caso à sua saúde, mas à saúde do filho. Além disso, afirma-se que “*os representantes legais não poderão dispor indiscriminadamente da integridade física do representado*”.<sup>224</sup>

MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA, tendo um entendimento semelhante ao que até agora foi explorado, afirma que “*se defendemos que a própria pessoa tem o direito de dispor sobre a sua vida e saúde, cremos que esta é, como afirma COSTA ANDRADE, “uma liberdade pessoal que não se comunica ao representante*

---

<sup>222</sup> *Idem.*, p. 32.

<sup>223</sup> RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *Responsabilidade civil por erro médico*, *Ob. cit.*, pp. 29 e ss.

<sup>224</sup> MELO, Marta Reis de, *Ob. cit.*, p. 81.

*legal”*”.<sup>225</sup> Bom, ainda que se compreenda o fundamento aqui utilizado, se o direito de disposição é próprio e não se comunica aos representantes legais, deverá comunicar-se ao profissional de saúde que ainda se afigura como mais terceiro que os representantes legais? É que aqui, não podendo o menor decidir, alguém terá de o fazer. Como tal, a pessoalidade do direito de disposição nunca estará verificada. O que importa determinar é se fará sentido que a assunção, por outra pessoa, do direito de escolha, seja excluída dos pais quando tenham opinião diversa da do profissional de saúde. Estas questões serão abordadas *infra*.<sup>226</sup>

Continua MARIA DA CONCEIÇÃO FERREIRA DA CUNHA com os seguintes argumentos *“assim, se os representantes legais (...) não consentem numa intervenção imprescindível para salvar a vida de uma criança (...) o médico não incorrerá no crime de tratamentos médicos arbitrários se proceder a essa transfusão de sangue, defendemos mesmo que, nesta situação, se impõe a atuação do médico, enquanto garante do menor, contrariando a vontade dos pais”*.<sup>227</sup>

No entender de MARTA REIS DE MELO perante a situação de os pais recusarem a submissão dos filhos a um tratamento médico, *“é convicção da nossa doutrina que o médico deve realizar o tratamento ou intervenção cirúrgica, se o fizer – como deve – não incorrerá em responsabilidade criminal a título de tratamento arbitrário”*.<sup>228</sup>

No mesmo sentido segue o Parecer do CNECV, segundo o qual, se o menor é tido como incapaz, e um tratamento médico se revelar necessário para a sua vida, *“deve ser requerida a autorização dos representantes legais, prevalecendo igualmente, em caso de recusa, o dever de agir decorrente do princípio da beneficência, porquanto aquela autorização não corresponde ao exercício da autonomia, pessoal e indelegável, sem prejuízo do recurso às vias judiciais quando indicado”*.<sup>229</sup>

Ainda, SÓNIA MOREIRA, traz à atenção que, *“(...) como a decisão negativa dos pais vai contra aquilo que se entende ser o superior interesse do menor (...), em caso de se não poder recorrer ao tribunal em tempo útil para contrariar a decisão dos pais, através de providências limitativas do exercício das responsabilidades parentais (...), tem-se entendido que o médico pode realizar a intervenção médica (...). É que se trata*

---

<sup>225</sup> ANDRADE, Manuel da Costa, *Comentário Conimbricense* (...), p. 383, *Apud.*, CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Das omissões ilícitas*, *Ob. cit.*, p. 95.

<sup>226</sup> Vide a opinião por nós defendida sob o ponto 9.

<sup>227</sup> CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da, *Ob. cit.*, p. 95.

<sup>228</sup> MELO, Marta Reis de, *Ob. cit.*, p. 82.

<sup>229</sup> Parecer CNECV.



*de uma decisão pessoalíssima (optar por morrer ou por colocar a sua vida em risco em nome das suas crenças religiosas) que os pais não poderão tomar pelos filhos. Só cada um poderá decidir por si, desde que tenha capacidade para isso”.*<sup>230</sup>

Daqui depreende-se que a opinião dos pais é apenas tida como indicativa. A necessidade de se procurar obter a mesma decorre do exposto no art. 124º do CC que confere aos pais o poder de tomar as decisões enquanto o menor for incapaz. Se, porventura, sendo o menor incapaz e a decisão dos pais for diversa à opinião dos médicos, resulta como evidente das afirmações *supra* consideradas que a decisão já não passará pelos representantes do menor, mas sim, pelo profissional de saúde. Ou seja, a opinião dos pais é tida em conta até contrariar o entendimento de outrem. Este cenário fica bem evidente na última frase *supra* citada “*só cada um poderá decidir por si, desde que tenha capacidade para isso*”. Ora, o menor incapaz não pode decidir por falta de preenchimentos dos requisitos necessários. Portanto, ainda que seja uma decisão pessoalíssima, nestes casos, alguém terá de decidir pelo menor. Em regra, esse poder é atribuído aos pais. No entanto, se os pais manifestarem uma opinião diversa à dos médicos já há lugar ao surgimento do argumento de que os pais não podem decidir porque a decisão é pessoal. Mas a verdade é que alguém terá de o fazer. Sendo uma decisão pessoal, fará sentido deixá-la nas mãos dos profissionais de saúde que são completamente externos ao menor?

O mesmo entendimento que tem sido até agora perfilhado encontra-se subjacente às palavras de JORGE SOARES e RAMOS ASCENSÃO, “*não podendo considerar-se que os doentes sejam competentes para formular uma escolha e decidir sobre si próprios, não poderá transferir para terceiros uma factualidade que é eminentemente individual, mesmo que aqueles tenham uma relação direta de parentesco ou a custódia do doente*”.<sup>231</sup>

A título de paralelo, cumpre apenas analisar sucintamente o que ocorre no caso dos adultos incapazes. Estes, ao serem considerados incapazes – seja na decorrência de uma doença ou com base noutro fundamento – também, à semelhança do que acontece com os menores, têm a sua capacidade de consentir limitada.

---

<sup>230</sup> MOREIRA, Sónia, *Ob. cit.*, pp. 155 e 156.

<sup>231</sup> SOARES, Jorge e ASCENSÃO, J. P. Ramos, *Ob. cit.*, p. 22.

Alguns dos diplomas que referimos anteriormente já mencionam o caso dos adultos incapazes, porém, consideremos apenas o art. 6º da CDHBiom, segundo o qual *“quando, segundo a lei, uma pessoa maior não tem, por motivo de uma deficiência mental, de uma doença ou por outro motivo similar, a capacidade de consentir numa intervenção, esta não pode ser efetuada sem a autorização do seu representante, de uma autoridade ou de uma pessoa ou instância designada pela lei”*.

Ora, este artigo permite retirar duas conclusões: que os adultos incapazes não podem prestar o seu consentimento ou recusa para a intervenção de um tratamento médico e, ao mesmo tempo, deixa evidente quem poderá, no lugar destes, manifestar a decisão.

No entanto, o que a doutrina tem procurado tornar claro é quem deve efetivamente consentir no tratamento médico, colocando-se algumas questões, conforme traz à colação LAURA FERREIRA SANTOS, *“mas será mesmo assim? É a este signifiicante de significado incerto – ‘família’ – que deve estar entregue esse consentimento ou dissentimento? E até que grau de parentesco devemos atender para se falar de família? Mesmo que a família tenha aqui algum poder de representação, não se devia estabelecer critérios que possibilitassem ir apenas ao encontro dos familiares que mostrassem maior credibilidade quanto ao conhecimento dos valores que a pessoa incapaz mais prezava? E, nos casos de incapaz com família muito afastada, espacial e relacionalmente falando, não poderia mais depressa um amigo ou um vizinho saber mais das possíveis opções da pessoa do que qualquer membro da família que já não contacta o incapaz há mais de 20 anos?”*.<sup>232</sup>

Estas questões afiguram-se como pertinentes e carecem de resposta. Assim, em traços gerais, as dificuldades que surgem em relação aos menores, são também verificadas quando está em causa um adulto incapaz. Isto deixa bem claro que as questões relacionadas com a saúde e que, por consequência, envolvem o direito, acarretam sempre problemas de conciliação, esteja em causa um doente capaz, um adulto incapaz ou um menor.<sup>233</sup>

---

<sup>232</sup> SANTOS, Laura Ferreira, *Ob. cit.*, p. 37.

<sup>233</sup> Conforme se deixou claro ao longo deste capítulo sobre os menores, o nosso interesse incide essencialmente no caso destes. Como tal, a análise do caso dos adultos incapazes apenas serviu para, de um modo muito geral, tornar claro que existem alguns pontos comuns, não sendo, por isso, tal temática considerada ao longo do nosso estudo, não só por ser um problema que, com todas as suas envolventes, justificaria a elaboração de uma dissertação mas, também, porque não se insere completamente no assunto que nos propusemos abordar.

## **8. Posição adotada**

Tendo por base as temáticas que constituíram esta dissertação, impõe-se tecer algumas considerações.

Ao longo destas linhas, diversas foram as problemáticas e divergências de opiniões que se puderam enunciar. Os assuntos são alvo de variadas discussões e, por muito tempo que a estes se dedique, a verdade é que a doutrina não consegue ser unânime.

Porém, cumpre deixar a nossa opinião relativamente ao até aqui abordado. Conforme ficou perceptível, alguns dos pontos analisados que exigem uma tomada de posição são: qual o nível de informação que tem de ser transmitida ao paciente pelo profissional de saúde? Há lugar à possibilidade de atuação por parte do médico sem existir consentimento prévio? As DAV devem ser consideradas e, em caso afirmativo, é-lhes atribuído um carácter vinculativo ou indicativo? O que dizer da existência de riscos associados às transfusões de sangue e da disponibilidade de tratamentos alternativos? Um paciente que recuse uma transfusão de sangue pode ser equiparado a um suicida? Pode um paciente recusar um tratamento médico? O que dizer dos critérios de atribuição de capacidade aos menores? Serão critérios direcionados apenas à faculdade de consentir ou pode o menor também recusar? Em caso de incapacidade do menor, quem decide? O que dizer da jurisprudência? Procurar-se-á deixar clara a nossa posição quanto a todas estas questões que foram desenvolvidas ao longo do texto.

**I.** No que diz respeito à primeira questão – qual o nível de informação que tem de ser transmitida ao paciente pelo profissional de saúde? – consideramos que a informação é um elemento imprescindível para que o doente possa consentir.

Só com a informação é que a escolha do paciente pode ser fundamentada visto que, nesse momento, já saberá os prós e os contras de qualquer decisão que venha a tomar. Deste modo, o médico terá de garantir que o paciente tenha à sua disposição, pelo menos, informações que incidam sobre no que é que consiste o tratamento, quais as consequências de o realizar, quais as alternativas disponíveis e quais os riscos de adiar o tratamento sugerido pelo médico.

No entanto, também não pode recair sobre o médico o ónus de informar o paciente até à exaustão, isto é, o doente não poderá contar em ouvir uma dissertação

por parte do médico quanto ao tratamento em causa e sobre tudo o que sobre ele diz respeito. O médico deve transmitir ao paciente informações precisas, concretas e de fácil entendimento, afigurando-se estas como essenciais para que o doente possa tomar a sua decisão. Tudo o que seja além disso não poderá ser exigido. Porém se, por algum motivo, o paciente não se considerar esclarecido e formular algumas questões ao médico além das que por este foram abordadas, não poderá recusar-se a responder. O mesmo se aplica caso o paciente não tenha compreendido toda a informação que o profissional de saúde disponibilizou, ou seja, se o médico explicou e o paciente não compreendeu, poderá e deverá questionar novamente o médico até que tenha entendido a questão. Este facto é importante porque se o doente não questionar o médico com o intuito de retirar as suas dúvidas e o médico partir do entendimento – por não existirem factos que apontem em sentido diverso – que o paciente compreendeu a informação transmitida, existindo consentimento deste último (ainda que não devidamente informado), não deverá o médico ser responsabilizado por falta de transmissão de informação nos termos do art. 157º do CP e, consequentemente, pela realização de um tratamento arbitrário, à luz do art. 156º do CP.

**II.** Passando para a análise do segundo tema - há lugar à possibilidade de atuação por parte do médico sem existir consentimento prévio? – entendemos que a resposta é sim, o médico pode atuar sem existir consentimento prévio por parte do paciente.

Perante um caso em que o profissional de saúde se veja confrontado com um doente que necessita, com urgência, de um tratamento médico e se este estiver incapaz de manifestar a sua vontade por, por exemplo, se encontrar inconsciente, pode o médico atuar, realizando no paciente a intervenção médica que, alegadamente, lhe salvará a vida. O mesmo se aplica quando, no decurso da realização de uma intervenção médica, se afigura necessária a realização de uma outra que não tinha sido inicialmente prevista. Aqui, não tendo sido obtido o prévio consentimento do paciente por não ter sido ponderada esta hipótese e estando este impedido de o fornecer, poderá o médico igualmente atuar.

Situação diversa já terá de se verificar quando o profissional de saúde souber que o paciente, de antemão, não consentiria na realização daquele tratamento em

concreto. Imagine-se o caso de o médico saber que o doente é Testemunha de Jeová e que se iria opor à ideia de receber transfusões de sangue, aqui, não pode o médico administrar sangue ao paciente ainda que no decurso da operação este seja tido como imprescindível para salvar a sua vida. Se o médico tem conhecimento da vontade do doente, ainda que esta seja discordante com a sua, não pode agir em detrimento daquilo que é a decisão do paciente sob pena de realização de um tratamento ou intervenção arbitrários, segundo o já mencionado art. 156º do CP. E o que fazer quando a vontade do paciente é manifestada antecipadamente, muitas das vezes através de um documento?

**III.** Somos agora levados para a terceira questão a ser analisada: as DAV devem ser consideradas e, em caso afirmativo, é-lhes atribuída um carácter vinculativo ou indicativo? Se o paciente decide manifestar a sua vontade antecipadamente face à futura e hipotética confrontação com a necessidade de realizar um tratamento médico, deve o médico atender à vontade que por ele foi expressa? No nosso entender sim, deve o profissional de saúde respeitar a vontade do doente.

O instituto das DAV foi criado, principalmente, para os casos em que o paciente padece de doenças que à partida retirariam a sua capacidade de decidir, como por exemplo o Alzheimer. Tendo o paciente sido diagnosticado com esta doença, à partida, poderia ver-se impossibilitado de, no futuro, poder decidir sobre estas questões. Assim, através de uma DAV, deixaria a sua vontade expressa de modo a que, caso se afigurasse necessária uma intervenção médica, os profissionais de saúde poderem saber qual teria sido a decisão do doente para aquela situação, impedindo que estes realizassem um tratamento arbitrário com base na afirmação de que não conheciam aquela que seria a vontade do paciente.

Deste modo, a existência de uma DAV implica uma obrigação para os médicos. Estes têm de atender ao expresso pelo paciente quando ainda se encontrava em condições de o fazer. Se, por hipótese, ficar provado que aquando a elaboração da DAV o paciente já não dispunha das suas capacidades mentais, então não se defende que os médicos estejam vinculados à mesma, porém, salvo esta exceção, os médicos terão de as adotar.

A problemática que a doutrina tem enunciado face à antecipação do consentimento ou recusa para um tratamento médico é, no nosso entender, algo desprovida de valor. Não nos podemos olvidar que as DAV têm uma validade de 5 anos, findos os quais o paciente terá de manifestar novamente a sua decisão, de modo a aferir se a manteve ou se, porventura, terá alterado a mesma. Este entendimento parece ser de aceitar na medida em que, se um paciente que sofre de Alzheimer elabora uma DAV onde expõe a sua vontade, não parece ser de exigir que de 5 em 5 anos o doente tenha de atualizar o seu consentimento ou dissentimento sob pena de, quando tiver de o fazer, já não se encontre capaz. Aqui qual seria a solução a ser adotada? Atender à vontade do paciente antes de este entrar num estado de incapacidade? Ou, face à obrigatoriedade de atualização do consentimento e, estando o paciente incapaz de o fazer, colocar outra pessoa a decidir por ele?

Não nos podemos esquecer que o consentimento é pessoal e, em regra, é prestado pelo próprio. Esta obrigatoriedade de renovação de decisões num hiato temporal de 5 anos contende com as finalidades inicialmente previstas para as DAV, ou seja, de um doente com doenças neurodegenerativas poderem, validamente, deixar clara a sua vontade. Assim, parece ser de concluir que as DAV são vinculativas, tendo o profissional de saúde de agir em conformidade com estas quando sejam validamente elaboradas – isto é, por um paciente capaz e com informação suficiente para que possa decidir consciente e fundamentadamente – e que, o problema da atualidade é resolvido, de um modo geral, pela estipulação de um prazo de 5 anos, tendo de existir, no final deste, uma atualização da vontade do paciente.

Já nos casos dos doentes que, por padecerem de uma doença neurodegenerativa ou que, por outro motivo, deixem de poder manifestar a sua vontade, entendo que deve ser atendida a última vontade por eles expressa se não existirem indícios de que a mesma tenha sofrido alterações.

Deste modo, permitir-se-á uma atuação do médico conforme à vontade do paciente, respeitando ainda os casos em que este se veja impossibilitado de expressar a sua decisão diretamente ao médico para efeitos de realização de um tratamento médico.

**IV.** Partindo para a análise da quarta questão - o que dizer da existência de riscos associados às transfusões de sangue e da disponibilidade de tratamentos alternativos? – cumpre desde já frisar que é com espanto que nos deparámos com o cenário de que à volta deste tema ainda ocorre algum misticismo. Não conseguimos compreender a permanência do entendimento de que as transfusões de sangue são o único meio de salvar a vida do paciente e, ao mesmo tempo, que constituem um tratamento desprovido de riscos. Esta não é a realidade que vivemos.

As transfusões de sangue comportam riscos podendo, desde logo, existir rejeição do sangue que foi transfundido, uma vez que este é característico da pessoa que transfunde. Fora a rejeição, pode haver lugar a infeções, risco de contágio de doenças que o doador tem – como SIDA – e, até mesmo, levar à morte do doente.

Ao mesmo tempo, existem tratamentos alternativos que podem ser aplicados em caso de perda de sangue do paciente. Estes tratamentos, além de não terem riscos associados podem, em alguns casos, implicar inclusivamente menos custos do que os que se encontram associados às transfusões de sangue.

Perante este cenário, parece que se deveria começar a ponderar a possibilidade de submeter à realização de tratamentos alternativos o paciente que, por motivos religiosos ou outros, decide não receber uma transfusão de sangue. Talvez fosse mais produtivo procurar criar condições para que o doente pudesse usufruir de tratamentos alternativos que permitissem, de igual modo, equilibrar o nível de sangue do paciente, fossem económicos e, acima de tudo, não contendessem com as crenças deste.

Considerar as transfusões de sangue como o único tratamento possível é limitar um leque de alternativas ao paciente, restando-lhe apenas consentir ou dissentir naquele tratamento em específico em virtude de não lhe serem fornecidos outros remédios para o seu problema.

Deste modo, entendo que o problema está na falta de promoção dos tratamentos alternativos que efetivamente existem, ou seja, não se exige um estudo adicional para descobrir novas soluções para os doentes, apenas que estes sejam implementados. Só desta forma poderá o paciente tomar uma correta decisão, com pleno conhecimento das hipóteses disponibilizadas.

Assim, não sendo as transfusões de sangue um tratamento médico milagroso que permita ao doente sobreviver sem qualquer risco associado – antes pelo

contrário – devem ser criadas medidas para que o paciente usufrua de tratamento, mas um tratamento que não viole as crenças do mesmo.

V. Outra questão que se pode suscitar é: um paciente que recuse uma transfusão de sangue pode ser equiparado a um suicida? A resposta tem de ser negativa.

O doente que recusa um tratamento médico por motivos religiosos – neste caso uma transfusão de sangue – não tem como objetivo provocar a sua morte. Ao contrário do que acontece com um suicida que, como é definição do próprio ato, visa atingir o resultado morte sendo a sua atuação direcionada para este fim, a recusa de um tratamento médico baseada em motivos religiosos apenas pode ser entendida como uma não aceitação do paciente em pôr em causa as suas crenças, principalmente quando, conforme analisado na questão anteriormente abordada, existem tratamentos alternativos que podem obstar à contínua perda de sangue e, ao mesmo tempo, restabelecer o nível do mesmo.

O paciente continua a querer viver, preza a vida e considera-a como algo sagrado, no entanto, não a prioriza a todo o custo, principalmente em detrimento dos valores que segue. Os pacientes Testemunhas de Jeová aceitam todos os tratamentos médicos que visem a sua cura, com exceção das transfusões de sangue ou outros que colidam com o que acreditam. Deste modo, não podem ser considerados como suicidas porque, na realidade, além de quererem ser salvos, pretendem também que seja encontrada uma solução para o seu problema, porém, tal solução tem de respeitar as suas crenças. Além disso, a recusa de tratamento por motivos religiosos, não pode ser equiparada a uma situação de eutanásia. Nesta, o paciente, nomeadamente por se encontrar em grande sofrimento, solicita que ponham fim à sua vida. Mais uma vez, o paciente Testemunha de Jeová não pretende pôr fim à sua vida, seja por uma atuação causada pelo próprio, seja por terceiro. Simplesmente, reitera-se, recusa um tratamento médico que não respeita as suas crenças, encontrando-se de acordo com a realização de tratamentos alternativos que permitam conciliar ambas as situações, isto é, a sua salvação e os valores que defende.



**VI.** Enquanto sexta questão surge: pode um paciente recusar um tratamento médico? A resposta fica na pendência da verificação de diversos requisitos.

Se os pressupostos do consentimento estiverem preenchidos – ser o doente capaz, prestar o seu consentimento em momento prévio e tiver ao seu alcance informação suficiente – a decisão que o paciente tomar será, à partida, fundamentada. Deste modo, terá o profissional de saúde de respeitar aquilo que o paciente tiver como mais conveniente. Mesmo que a decisão deste acabe por ser contrária à que o médico considera ser a melhor terá, ainda assim, de a respeitar, sob pena de realizar um tratamento ou uma intervenção cirúrgica arbitrária, conforme resulta do art. 156º do CP.

Para esta recusa, importa conjugar os deveres do médico, isto é, de verificar se o paciente efetivamente é capaz e, também, fornecer as informações necessárias para que ele possa ponderar ambos os lados, ou seja, a recusa e a aceitação. Só quando o paciente reunir todos os requisitos e, especialmente, toda a informação necessária, é que a decisão que ele tomar pode ser tida como válida. Neste ponto também releva considerar que, ainda que o paciente disponha, de antemão, de alguma informação sobre o tratamento médico em causa, tal não retira a obrigação que impende sobre o médico de informar o paciente. Mais concretamente, se um paciente Testemunha de Jeová já conhece o que se encontra envolvido na aceitação ou recusa de uma transfusão de sangue – o que até se afigura como bastante provável – não pode o profissional de saúde escapular-se das obrigações que recaem sobre ele.

Deste modo, conclui-se que, quer o paciente já possua informação sobre o tratamento, quer não, os deveres do médico mantêm-se, não ficando desobrigado de o informar. Tal também se compreende pelo facto de, ainda que o paciente tenha algum conhecimento sobre a questão, poder ter dúvidas ou não estar totalmente esclarecido. Assim, não pode o médico resguardar-se na circunstância de o paciente já estar informado, sob pena de, ao violar o art. 157º do CP que exige a prestação de informações, se insira no âmbito do art. 156º do CP por realizar um tratamento ou intervenção arbitrários.

**VII.** Enquanto sétima questão cumpre apreciar: o que dizer dos critérios de atribuição de capacidade aos menores? Conforme verificado, os pressupostos que têm servido de base à aferição da capacidade do menor são: a idade e o discernimento. Estes pressupostos resultam, não só, do art. 38º/3 do CP mas, também, da própria doutrina, ainda que esta enumere outros fatores que devem ser levados em conta. Ainda assim, direcionando a nossa tomada de posição apenas para os critérios mencionados, cumpre afirmar que estes parecem adequados a servir de base à avaliação da capacidade do menor. No entanto, entendemos que o relevo que é dado ao critério da idade tende a ser sobrevalorizado quando comparado com o critério do discernimento.

Não podemos esquecer que a maturidade varia de pessoa para pessoa. Um jovem de 15 anos pode ter mais maturidade do que um de 17. Assim, ainda que se compreenda que tenha de ser fixado um limite etário, também seria de ponderar que este critério não pode ser estanque precisamente por estas variações de maturidade. Além disso, a maturidade não surge no dia em que o menor faz 16 ou 18 anos, isto porque, a maturidade que um jovem tem aos 15 anos e 11 meses, à partida, será igual à que terá quando atingir os 16 anos. Portanto, excluir a possibilidade de um jovem de 15 anos e 11 meses consentir apenas por uma diferença de poucos dias quando, na realidade, poderá ter discernimento necessário e elevada maturidade, parece não ser totalmente dotado de sentido.

O critério da idade deve ser meramente indiciário e deveria ser considerado o caso concreto. É certo que, como já se disse, é compreensível um limite etário. Claro que não se poderia admitir que um jovem de 5 anos aceitasse ou recusasse um tratamento médico, desde logo porque, neste caso, nem discernimento necessário teria. Mas, para idades próximas às fixadas na lei, talvez fosse de admitir uma ponderação *in casu*. Se se entendesse que um jovem de 15 anos tem discernimento necessário, penso que seria de agilizar o critério da idade que foi estabelecido. No entanto, teriam de ser dadas provas – ainda mais exigentes – de que o menor estaria em condições de consentir.

**VIII.** Continuando na temática dos menores, passaremos para a análise da oitava questão - serão critérios direcionados apenas à faculdade de consentir ou pode o menor também recusar? – a qual carece de esclarecimento e que, na nossa opinião, é uma das que mais discussão pode suscitar.

Ora, sendo critério que a capacidade do menor se encontra como verificada se este tiver, pelo menos, 16 anos e possuir discernimento necessário, não se depreende como é que esta capacidade seja apenas direcionada no sentido de consentir num determinado tratamento médico e que, por consequência, a recusa esteja vedada ao menor. A escolha incide precisamente sobre a mesma matéria, ou seja, quando confrontado com a possibilidade de receber uma transfusão de sangue o menor, com idade igual ou superior a 16 anos e com discernimento necessário, pode dizer que quer receber a transfusão mas, alguma doutrina entende que, com base nos mesmos requisitos – os quais se encontram preenchidos – o menor não pode recusar. Não somos da opinião de que esta ideia seja provida de sentido.

Para a mesma questão não pode o menor ser considerado capaz e posteriormente incapaz. Se os critérios de capacidade do menor se têm como verificados, então, a sua capacidade tanto será direcionada à possibilidade de consentir como de recusar. Não poderá ser outra a solução aplicada. Além do mais, tratar a possibilidade de consentir como “menos restrita” a nível de capacidade do que a possibilidade de recusar não é adequada, uma vez que consentir num tratamento médico também comporta riscos. O paciente, ao realizar uma determinada intervenção, pode falecer no momento em que a esta se submete ou, posteriormente, por decorrência da mesma.

Se tanto a realização de um tratamento, como a sua recusa, têm riscos associados, então, não pode ao menor ser vedada uma tomada de posição. O mesmo seria dizer que apesar deste ter capacidade à luz do art. 38º/3 do CP, não poderia expressar a sua vontade quando esta se tenha como contrária àquilo que o médico entende ser o melhor para o menor. Isto é, se o menor consente num tratamento médico e, deste modo, segue o entendimento do médico então sim, certamente que terá capacidade; se, porventura, o menor recusa um tratamento médico que vai contra a opinião do profissional de saúde então não, o menor não pode recusar porque a capacidade desta é apenas para a possibilidade de consentir. Fará isto sentido? Parece que não.

A autonomia do paciente estaria aqui completamente posta de parte, recorrendo-se ao que era vivenciado na época de Hipócrates, onde o doente não tinha o direito de se manifestar sobre as questões médicas, não lhe sendo comunicadas as informações em torno do concreto tratamento. No caso dos menores, entendemos que, de certo modo, o conceito de paternalismo ainda continua a poder ser apontado, na medida em que estes são tratados como se não tivessem capacidade de compreender o que é proferido pelo profissional de saúde sendo, de certa maneira, colocados à margem, retirando-lhes o direito de decidir – principalmente quando a decisão vá contra o defendido pelos médicos – e manifestar uma recusa a um tratamento.

A circunstância de um menor – que preenche os requisitos para a atribuição de capacidade – recusar um tratamento médico não pode ser indício de que afinal este não dispõe de capacidade. Pelo contrário, se o menor tem no mínimo 16 anos e discernimento necessário, a recusa por parte deste deve, simplesmente, ser aceite como se de um consentimento se tratasse. Além disso, se nos termos do art. 1886º do CC é reconhecida capacidade ao menor com 16 anos para escolher a religião que quer seguir, deve entender-se que o menor pode praticar essa religião e o que nela está envolvido. Não faz sentido conceder ao menor capacidade para escolher uma religião se depois lhe é retirada capacidade para poder cumprir aquilo em que acredita. Se o menor tem idade e discernimento para entender o que a religião implica, fará sentido limitar a liberdade do menor quando quer atuar em conformidade com a mesma, com base na capacidade que este artigo lhe reconhece? Ou seja, o menor pode escolher uma religião, mas se para a cumprir tiver de discordar de uma opinião médica então, mais uma vez, a solução é retirar-lhe a capacidade que anteriormente lhe fora atribuída? Não podemos aceitar esta posição.

Assim, não acompanhamos a doutrina que faz uma destrição entre a capacidade de consentir e de recusar quando os critérios de atribuição de capacidade se encontram preenchidos em ambos os casos.

**IX.** Em penúltimo lugar, importa analisar a seguinte questão: em caso de incapacidade do menor, quem decide? Para facilidade de exposição considerar-se-á que esta incapacidade pode provir não só do incumprimento dos critérios – idade e discernimento – mas também da impossibilidade de o menor proceder a uma

recusa, sendo apenas admitido que este consinta – embora, conforme já mencionado, não se concorde com esta ideia.

Ora, perante a incapacidade dos menores, seja em questões médicas ou não, sempre se recorreu, em larga escala, ao poder paternal, como resulta do art. 124º do CC. A doutrina também segue este entendimento, afirmando que a incapacidade dos menores será suprida pelo poder paternal.

O problema surge quando a doutrina entende que, perante a recusa dos pais em submeter o menor a um tratamento médico, a possibilidade que eles tinham de decidir em virtude da incapacidade do filho, é-lhes retirada. Baseiam tal opinião na circunstância de os pais não serem donos dos filhos e deverem decidir de acordo com os melhores interesses destes.

Os fundamentos também são por nós aceites, porém, não se compreende como é que estes fundamentos apenas entram em ação perante uma recusa por parte dos pais em permitir que o menor seja intervencionado. Esclarecendo, os pais têm a faculdade de decidir quando os filhos sejam considerados incapazes, no entanto, este poder só lhes é concedido enquanto decidirem de acordo com o que os profissionais de saúde consideram melhor. Se os pais tiverem uma opinião contrária, a possibilidade de decidirem deixa de existir.

É certo que os pais não são os donos dos filhos, mas fará sentido conceder-lhes um poder apenas enquanto estes se comportam de acordo com o expectável? Será que os profissionais de saúde têm sempre razão? Será que a submissão de um paciente – menor ou não – a um tratamento médico, é sempre coincidente com o melhor interesse destes? Pensamos que as respostas a estas questões são negativas.

Como vimos o conceito de melhor interesse, além de indeterminado, também não é estanque, ou seja, o que alguém tem como melhor interesse, pode não ser igualmente aceite se fosse outra pessoa a decidir. Assim, não podem os pais ser coartados no seu poder de decidir apenas por existir uma divergência quanto ao que no caso pode ser entendido como melhor interesse. Como vimos, à semelhança do que acontece com um adulto capaz, por vezes existem divergências entre a vontade do doente e a do profissional de saúde, sendo também diverso o que se entende como melhor interesse. Para um paciente, o melhor interesse pode ser não se submeter a um tratamento médico que viole as suas crenças ainda que, hipoteticamente, possa resultar na sua morte, ao passo que, para o médico, o melhor

interesse é salvar a vida. Ainda assim, ao paciente capaz é permitido decidir, ainda que em detrimento da vontade do médico. Aqui, o menor incapaz não poderá decidir por si, mas se, para a prestação do consentimento, os pais podem decidir por este, não faz sentido que deixem de poder decidir quando, com base em conceitos abstratos, não se segue o entendimento dos profissionais de saúde. Além disso, não se pode afirmar que, por incapacidade dos menores, a decisão não pode ser deixada nas mãos de um terceiro – neste caso dos pais – como alguma doutrina tem vindo a entender. Mais uma vez, este argumento apenas é utilizado quando os pais decidem de forma oposta ao que os médicos querem. Na realidade, se os menores são incapazes, alguém terá de decidir por eles o que implica, necessariamente, que a decisão seja deixada nas mãos de um terceiro. O que não se consegue compreender é como é que este argumento é utilizado para impedir que os pais decidam pelo menor – visto serem terceiros – mas já não tem aplicação para impedir que sejam os profissionais de saúde a decidir.

Ora, se formos a analisar a situação mais de perto, ainda que os pais e os profissionais de saúde sejam terceiros, penso que é de senso comum que os pais conhecerão melhor os filhos do que os médicos.

Deste modo, não se concorda com a ideia de que os pais devem ser tidos como terceiros para a tomada de algumas decisões, mas os médicos, que podem mal conhecer o menor, podem decidir sobre algo que os vai influenciar. Muito mais provável será que os pais tenham conhecimento das decisões dos filhos e dos motivos que os levam a decidir, sabendo se o filho terá ou não discernimento necessário.

Assim, a nossa posição vai no seguinte sentido: sendo os menores considerados incapazes, estando vedada a possibilidade de tomarem uma decisão, este poder deve ser entregue aos pais, enquanto seus representantes. Os pais, com o conhecimento que têm sobre o filho, vão decidir no seu melhor interesse e de acordo com o que têm como melhor para o menor. Esta posição deve ser tomada quer os pais decidam de forma coincidente com o entendimento do profissional de saúde, quer não. Parece padecer de sentido considerar os pais como terceiros quando estes tomam uma decisão diversa à do profissional de saúde, mas dar prevalência à decisão deste último que ainda mais terceiro é. E, também, não se pode considerar que a decisão do médico – ainda que vise salvar a vida do menor – seja a que deve ser tida como

melhor interesse para este. Mais uma vez, partindo do facto de que as transfusões de sangue têm inúmeros riscos associados e que, existem tratamentos alternativos, dar prevalência à opinião do profissional de saúde que pretende atuar em violação das crenças do menor quando existem outras hipóteses para este que permitem respeitar os valores em que acredita, são contraditórios à procura do melhor para os pacientes e limitam largamente a autonomia dos mesmos.

**X. Para terminar: o que dizer da jurisprudência?**

Bom, entendemos que a jurisprudência e a doutrina são coincidentes em muitos dos assuntos abordados. Desde logo, existe uma concordância quanto aos pressupostos do consentimento, partindo da mesma base. As opiniões também são idênticas quanto à necessidade de uma análise casuística face ao nível de informação a transmitir. Como já vimos, os pacientes não dispõem todos da mesma capacidade de entendimento e de conhecimento, sendo necessário averiguar quais as melhores formas de transmitir a informação e até que ponto poderá o paciente ser informado.

Tais questões não levantam problemáticas. Porém, o mesmo não poderá ser afirmado quanto à jurisprudência analisada no tema da recusa do paciente em submeter-se a determinado tratamento médico, mais precisamente, às transfusões de sangue. Aqui também nos deparamos com o mesmo seguimento de ideias quer por parte da doutrina, quer pelo lado da jurisprudência, ainda que esta última se tenha revelado com decisões mais à margem da realidade. E é com tristeza que o fazemos.

A jurisprudência – relembrando os casos analisados da Sr.<sup>a</sup> Jesse Jones e da Sr.<sup>a</sup> Dolores Heston – decidiu à revelia da vontade do paciente, desconsiderando a existência da necessidade de obter o consentimento do mesmo para a realização de uma intervenção ou tratamento médico. Os Tribunais basearam-se única e exclusivamente naquilo que, na sua opinião, seria o melhor interesse do paciente, esquecendo-se que, no entender do paciente, o melhor interesse para si poderia – e neste caso era – ser outro. Mais, colocaram as transfusões de sangue como o único tratamento que poderia ser aplicado ao paciente, não recorrendo a tratamentos alternativos que permitissem a sua cura e, ao mesmo tempo, o respeito pelas suas crenças. Ainda, contrariando tudo o que *supra* se mencionou, partem do entendimento de que se o paciente, ao abrigo da sua religião, decide algo que pode

colocar em risco a sua vida, então a religião e crenças do mesmo terá de ceder. Como acima se mencionou, se o paciente tiver capacidade para decidir e todos os pressupostos do consentimento se encontrarem verificados então, poderá este determinar-se, agindo consoante a sua vontade, ainda que acabe por colocar a sua vida em risco.

Todos estes aspetos são esquecidos pela jurisprudência e, como tal, não podemos ser com ela concordantes no que se relaciona com a preterição do consentimento do paciente e submissão do mesmo a tratamentos agindo à revelia da sua vontade.

**XI.** Estas são as nossas opiniões, em algumas acompanhamos o defendido pela doutrina, enquanto que noutras temos um entendimento à margem desta. Nestas últimas questões analisadas e que são mais direccionadas à recusa, consideramos que ainda há um longo caminho a percorrer e que alguns fatores deveriam ser tidos em conta.

Algumas das posições defendidas pelos profissionais de saúde e pela doutrina, parecem não retratar devidamente os avanços da medicina e a realidade das transfusões. Reportamo-nos, aqui, não só à existência de tratamentos alternativos mas também aos inúmeros riscos associados às transfusões. Entendemos que permanece uma desatualização nestes pontos. Além disso verifica-se que, quando estão em causa pacientes com alguma fragilidade, o princípio da autonomia é posto de parte, por vezes de uma forma excessiva aproximando-nos, ao invés, de um paternalismo médico.

Assim, cumpre questionar: será que os menores e, conseqüentemente, os pais quando por eles decidam, podem verdadeiramente gozar dos novos princípios subjacentes ao direito da medicina ou, ao invés, ainda se encontram presos no paternalismo médico, onde a autonomia lhes é vedada, permanecendo uma lógica de Hipócrates? Será que relativamente a estes podemos falar num verdadeiro avanço?



## 9. Conclusão

Aqui chegados, cumpre apresentar algumas conclusões face a tudo o que foi considerado.

Como ficou perceptível, a recusa de tratamento médico, com especial incidência nas transfusões de sangue, é um tema marcante. Quer-se com isto dizer que constitui um assunto delicado – não só por envolver a saúde e a vida mas, também, porque incide sobre a autonomia, a manifestação de vontade do paciente e a possibilidade de responsabilização do médico – e, além disso, suscita inúmeras questões.

Muitos dos problemas que foram apontados ao longo desta dissertação são alvo de divergência doutrinária o que significa que, ainda que se trate de um assunto já perfeitamente conhecido e enraizado no nosso ordenamento jurídico, continua sem oferecer uma resposta unânime. Tal pode ficar a dever-se, não só, à existência de diversos conceitos indeterminados mas, também, a problemas de difícil resolução – como o que se pode entender como melhor interesse do paciente, como determinar a capacidade do menor, quem pode decidir caso estes não sejam considerados capazes, como aferir o discernimento necessário, entre outros – o que fundamenta as extensas páginas dedicadas, pela doutrina, a este tema e, também, pela jurisprudência.

Ainda assim, foi possível concluir que o avanço que tem ocorrido, desde a época de Hipócrates, se direciona não só ao elevado conhecimento e técnicas que hoje se encontram disponíveis, mas também à relação médico-paciente. Efetivamente, passou a ser atribuída a este último uma verdadeira participação nas questões que se relacionam com a sua saúde passando, não apenas, a existir uma obrigação de informar o paciente sobre variados aspetos, mas, também, a considerar a vontade deste, podendo, para o efeito, consentir ou recusar ser submetido a determinado tratamento médico.

Foi analisada a relevância que é dada ao preenchimento dos pressupostos do consentimento. Tal é perceptível pela circunstância de se poder verificar a responsabilidade penal do médico por realização de um tratamento ou intervenção arbitrária. Deste modo, caso o doente, desde que preenchidos os respetivos pressupostos, não tenha prestado o seu consentimento para a realização de um tratamento médico e, ainda assim, o profissional de saúde o realizar, estaremos perante um ilícito, recaindo no âmbito do art. 156º do CP, ou seja, verifica-se a

ocorrência de um tratamento ou intervenção médica arbitrários. Esta combinação tem lugar, não só, se o paciente recusar o tratamento, mas, também, se o consentimento não for validamente prestado.

Por sua vez, o médico poderá atuar sem o consentimento do paciente desde que se verifiquem determinadas situações. Estes casos direcionam-se, essencialmente, às hipóteses de urgência. Isto significa que, perante a circunstância de o doente dar entrada no hospital inconsciente e, não sendo possível, sem colocar em risco a sua vida, aferir se o paciente iria ou não prestar o consentimento para a realização de uma transfusão de sangue poderá, neste caso, o médico atuar. Também, se o consentimento tiver sido prestado para determinada intervenção e, no decorrer da mesma, se verificar a necessidade de um outro ato para o qual o paciente não prestou consentimento e, novamente, não seja possível averiguar qual seria a sua vontade, poderá o médico, nos termos do art. 156º/2 do CP atuar, ainda que sem apurar a decisão do paciente.

Porém, tais casos já não serão subtraídos do art. 156º/1 do CP se, porventura, o médico conhecesse ou devesse conhecer a vontade do paciente por, por exemplo, já o acompanhar há algum tempo e saber que o paciente não aceitaria uma transfusão de sangue. Aqui não poderá o médico administrar sangue ao paciente, ainda que este esteja inconsciente e corra risco de vida, na medida em que não se poderá afirmar que o médico não tinha conhecimento que o doente recusaria a transfusão.

Mais, se o paciente tiver manifestado a sua vontade anteriormente – não só pessoalmente, como agora se viu, mas por escrito – terá o médico de aceitar a sua decisão. Este facto é controverso, como foi possível trazer à atenção. Alguma doutrina não reconhece vinculatividade às DAV, considerando que a vontade do paciente deve sempre ser manifestada para a situação em concreto e quando o paciente tenha necessidade de se confrontar com esta. A doutrina que fornece esta opinião baseia-se, essencialmente, na circunstância de o paciente poder ter proferido a sua decisão num estado emocional diferente daquele que vivenciaria caso manifestasse a sua vontade quando se visse confrontado com o problema de saúde. Entendem que só passando pela experiência é que se pode decidir com todos os dados em ponderação. Além disso, poder-se-ia correr o risco de o paciente mudar de decisão entre o momento em que manifestou a sua vontade e o momento em que terá de ser submetido a determinada intervenção e, por qualquer motivo, estar

impedido de atualizar a sua vontade. Pois bem, estes argumentos são rebatidos quando atentamos na finalidade das DAV: estas visam proporcionar ao paciente a possibilidade de decidir o que fazer previamente à necessidade de realizar uma intervenção médica por, nessa altura, poder estar impedido de o fazer. Com a existência desse documento, os profissionais de saúde saberiam qual a vontade do paciente relativamente às questões médicas podendo atuar em conformidade com a mesma. Assim, mais uma vez, perante a existência de uma DAV não podem os médicos afirmar que não conhecem a vontade do paciente. Ainda para mais, analisando a Lei que serve de base a este documento, prevê-se uma validade de 5 anos para a DAV onde, tendo estes sido esgotados, impõe-se a necessidade de atualização do consentimento do paciente. Deste modo, não poderia proceder o argumento da desatualização do consentimento.

Já no que diz respeito aos riscos das transfusões de sangue, foi possível verificar que apesar do desenvolvimento do que se relaciona com as questões de saúde, as transfusões de sangue não são isentas de risco. Por vezes, até, o risco que advém da transfusão de sangue é tão elevado que pode pôr em causa a vida do paciente. Também já existem diversas opiniões sobre o assunto, tendo sido realizados estudos sobre este tema.

À parte das transfusões de sangue pôde verificar-se a presença de tratamentos alternativos. Neste capítulo foi possível depreender que as transfusões de sangue não são o único meio de equilibrar o sangue que o doente perdeu – seja na decorrência de um acidente ou, até mesmo, de uma intervenção cirúrgica – uma vez que existem alternativas a estas. Acresce que, existem alternativas com poucos custos e que não têm riscos associados.

Foi também abordada a possibilidade de a recusa de transfusões de sangue ser equiparada ao suicídio. Aqui a doutrina tende a seguir a mesma opinião: não há equiparação. Enquanto que o suicida pretende pôr, diretamente, fim à sua vida, atuando para o efeito, as Testemunhas de Jeová ao recusarem uma transfusão de sangue não visam a morte, ao invés, aceitam qualquer tipo de tratamento desde que não contenha sangue. Elas querem viver, apenas não o fazem a qualquer custo, nomeadamente, com recurso à violação das suas crenças.

Por último, e não menos importante, antes pelo contrário, considerou-se a temática dos menores. Este tópico fez correr muita tinta entre a doutrina. O maior

problema centra-se, essencialmente, em chegar a consenso quanto aos critérios que permitem aferir a capacidade dos menores. Apesar de o critério da idade assumir uma elevada amplitude, é possível concluir que este também tem diversos entraves desde logo, a impossibilidade de ser um critério que permita uma aplicação direta. De facto, o nível de entendimento e maturidade varia de pessoa para pessoa e, no caso dos menores, tal não é exceção. A idade apenas poderá revestir um mero indício de maturidade, não podendo assumir a forma de critério exclusivo e determinante. A este, terão de ser somados outros, nomeadamente, o critério do discernimento. Também, no que diz respeito à recusa do menor relativamente a aceitar uma transfusão de sangue verificou-se que a maioria da doutrina entende que os menores não podem prestar consentimento ou, neste caso, dissentir, concluindo-se pela incapacidade destes. Ao mesmo tempo, ocorre aqui uma exceção ao que normalmente se verifica, isto é, perante um caso de incapacidade dos menores, em regra, a decisão fica a cargo de quem tem o poder paternal ou do tutor; aqui, a doutrina entende que, quando os pais manifestem uma opinião divergente da decisão dos profissionais de saúde, a qual, na opinião destes, se afigura como contrária aos melhores interesses do menor, não poderão os pais decidir, cabendo tal escolha aos médicos.

A nossa opinião, como ficou perceptível, difere, em diversos pontos, do avançado pela doutrina.

Ainda assim, concluímos com a desconfiança de que este tema não será encerrado e que numerosos e inovadores argumentos surgirão, mantendo acesa a polémica que este assunto suscita.

## 10. Bibliografia

- **Monografias e Dissertações de Mestrado**

- **ABREU, Catarina Pedro**, *As regras de obtenção do consentimento para intervenções médicas em menores – O significado da gillick competence e a possível adoção da figura em Portugal*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012;

- **ALBUQUERQUE, Paulo Pinto**, *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2008;

- **ANDRADE, Manuel da Costa**:

*Comentário Conimbricense do Código Penal: Parte Especial*, Tomo 1, 2.<sup>a</sup> Ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1999;

*Consentimento e Acordo em Direito Penal – Contributo para a Fundamentação de um Paradigma Dualista*, Dissertação de doutoramento em ciências jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Limitada, 1991;

- **CAIRES, João Gouveia de**, *Modelos de consentimento e tratamento médico: contributo para a análise de responsabilidade penal médica*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais, Lisboa, 2005;

- **CANOTILHO, J. J. Gomes, MOREIRA, Vital**, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Vol. I, 4.<sup>a</sup> Ed. revista, Coimbra Editora, 2007;

- **COSTA, J. Pinto**, *Responsabilidade médica*, Porto, Felício & Cabral, 1996;

- **DEPARTMENT, Lord Chancellor's**, *Who decides?: making decisions on behalf of mentally incapacitated adults*, London, Lord Chancellor's Department, 1997;

- **DIAS, Augusto Silva**, *A relevância jurídico penal das decisões de consciência*, Coimbra: Almedina, 1982;
  
- **DIAS, Augusto Silva**, *Direito penal: parte especial: crimes contra a vida e a integridade física*, 2ªEd., Lisboa: AAFDL, 2007;
  
- **DIAS, João Álvaro**, *Procriação Assistida e Responsabilidade Médica*, Coimbra Editora, 1996;
  
- **DIAS, Jorge de Figueiredo**, *Direito Penal, Parte Geral, Tomo I*, Coimbra, 2007;
  
- **EBERT, Udo**, *Der Überzeugunstäter in der neueren Rechtsentwicklung – zugleich ein Versuch zu seiner Beurteilung de lege lata*, ed. Dinker und Humblot, Berlin, 1975;
  
- **GODINHO, Adriano Marteleto**, *Direito ao próprio corpo: direitos de personalidade e os atos de limitação voluntária*, Curitiba: Juruá, 2014;
  
- **GONZÁLEZ, Maria Sánchez**, *La impropriamente llamada objeción de conciencia a los tratamientos médicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002;
  
- **MONGE, Cláudia**, *Das diretivas antecipadas de vontade*, AAFDL, Lisboa, 2014;
  
- **OLIVEIRA, Guilherme de**, *Temas de direito da medicina*, Vol. 1, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra: Coimbra Editora, 1999;
  
- **RODRIGUES, Álvaro da Cunha Gomes**, *Responsabilidade médica em Direito Penal: estudo dos pressupostos sistemáticos*, Coimbra: Almedina, 2007;

- **Analítico**

- **ARUS, Francisco Bueno**, *El consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico y la ley general de sanidade*, in *Estudios de derecho penal y criminología : en homenaje al profesor José María Rodríguez Devesa*, 1. V., Madrid, Universidad Nacional de Educacion a Distancia, 1989, pp. 153 a 174;
- **BARREIRO, Jorge**, *La relevância jurídico-penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico-quirúrgico*, Cuadernos de Política Criminal, nº 16, 1982, pp. 5 a 34;
- **COSTA, José Faria**, *O fim da vida e o direito penal*, in *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, 2003, pp. 759 a 807;
- **CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da**, *Das omissões ilícitas no exercício da medicina*, in *As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal – uma perspectiva integrada*, Coimbra Editora, 1ª Ed., 2010, pp. 79 a 123;
- **DIAS, Jorge de Figueiredo**, *A “ajuda à morte”: uma consideração jurídico-penal*, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, Ano 137.º, Março-Abril, n.º 3949, 2008, pp. 202 a 215;
- **DOMINGUES, Bernardo**, *Informação verdadeira, liberdade e influências*, in *Bioética*, Luís Archer et al., Lisboa: Verbo, 1996, pp. 70 a 78;
- **FARIA, Maria Ribeiro de**, *A «lei do sangue» - ou o conflito entre o respeito pela autonomia da pessoa e a defesa da vida e da integridade física*, in *Direito e Justiça*, V.12, t.1, Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica, Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 1998, pp. 259 a 275;
- **GEVERS, Sjef**, *Patient involvement with non treatment decisions*, in *European Journal of Health Law*, V. 4, N. 2 (June 1997), pp. 145 a 156;

- **LEITE, Fábio Carvalho**, *Liberdade de crença e a objeção à transfusão de sangue por motivos religiosos*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, n.50 (2009), pp. 89 a 120;

- **LIGIERA, Wilson Ricardo**, *Responsabilidade médico-hospitalar pelos riscos das transfusões de sangue*, in Sociedade de risco e direito privado : desafios normativos, consumeristas e ambientais, Coord. Teresa Ancona Lopez, Patrícia Faga Iglecias Lemos, Otavio Luiz Rodrigues Junior, Colaboradores Alex Trevisan Braz [et al.], São Paulo: Editora Atlas, 2013, pp. 151 a 170;

- **MARQUES, Rita Fonseca, GONÇALVES, Patrícia Trindade**, *A recusa de transfusão: da prática à jurisprudência*, in Sub judice: Justiça e sociedade, Coimbra, n.38 (Jan.-Mar.2007), pp. 89 a 99;

- **MELIÁ, Manuel Cancio**, *Consentimiento en el tratamiento médico y autonomía – Algunas reflexiones desde la perspectiva española*, in O Sentido e o Conteúdo do Bem Jurídico Vida Humana, Coordenadores: José de Faria Costa e Urs Kindhäuser, Coimbra Editora, 2013, pp. 257 a 276;

- **MELO, Marta Reis de**, *A importância do consentimento: independência médica vs. autodeterminação do doente*, in Maia Jurídica – Maia: Associação Jurídica da Maia, Revista de Direito, 2003, A. 3, N.º 1 (2005), pp. 59 a 91;

- **PEREIRA, André Dias**:

*O dever de esclarecimento e a responsabilidade médica*, in Responsabilidade Civil dos Médicos, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Centro de Direito Biomédico, Coimbra Editora, 2005, pp. 435 a 497;

*Declarações Antecipadas de Vontade: Meramente Indicativas ou Vinculativas?*, in As novas questões em torno da vida e da morte em direito penal – uma perspetiva integrada, Coimbra Editora, 1ª Ed., 2010, pp. 49 a 59;



**- RODRIGUES, Álvaro da Cunha:**

*Consentimento informado – pedra angular da responsabilidade criminal, in* Direito da Medicina – I, N.º 6, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, pp. 5 a 51;

*Responsabilidade civil por erro médico: esclarecimento/consentimento do doente, in* Revista do CEJ, N.º 16, (Julho-Dezembro 2011), pp. 9 a 36;

*O crime de recusa de médico numa visão panorâmica entre o pretérito e o presente no Direito Penal, in* Lex medicinae: revista portuguesa de Direito da Saúde, A. 4, n. 7 (Jan-Junho 2007), pp. 27 a 36;

**- SERRÃO, Daniel, *Consentimento informado; Riscos em recusar tratamento; Tecnologias de alto risco, in* Bioética, Luís Archer et al., Lisboa: Verbo, 1996, pp. 78 a 83;**

- **Documentos online**

- a. Estudos e artigos**

- Artigo sobre riscos de infeção associados às transfusões de sangue - STRAMER, S.L, et. al., *Emerging infectious disease agents and their potential threat to transfusion safety*, 2009, disponível em: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/19686562>;

- Artigo sobre riscos de infeção associados às transfusões de sangue - ROHDE, Jeffrey, et. al., *Health Care–Associated Infection After Red Blood Cell Transfusion - A Systematic Review and Meta-analysis*, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4289152/>;

- Estatística do INE relativamente à esperança média de vida - [https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine\\_indicadores&indOcorrC od=0001724&contexto=bd&selTab=tab2](https://www.ine.pt/xportal/xmain?xpid=INE&xpgid=ine_indicadores&indOcorrC od=0001724&contexto=bd&selTab=tab2);

- Estudo comparatístico de recuperação entre doentes que se submetem a transfusões de sangue e doentes que as recusam - PATTAKOS, Gregory, KOCH, Colleen, BRIZZIO, Mariano, *Outcome of Patients Who Refuse Transfusion After Cardiac Surgery - A Natural Experiment With Severe Blood Conservation*: <https://jamanetwork.com/journals/jamainternalmedicine/fullarticle/1211993>;
  
- **ALMEIDA, Ana Costa de, ALMEIDA, Carlos Costa de**, *Recusa de Transfusões Sanguíneas em Tratamentos e Intervenções Médico-Cirúrgicas – Perspectiva médica e jurídica*, EJ Separata, pp. 17 a 27, disponível para consulta no seguinte endereço: <http://www.oa.pt/Uploads/%7B8FA6829C-57CD-4BBD-8D90-F0AFBB4E662F%7D.pdf>;
  
- **MATTOS, Jadir de, STÜRMER, Kátia Rejane e COSTA, Joselaine da**, *Responsabilidade penal do médico nos casos de transfusão de sangue, em menor de idade, em iminente risco de vida, cujos pais são adeptos da seita testemunhas de jeová*, in Revista de Direito Sanitário, São Paulo, v. 6, n. 1/2/3, 2005, pp. 132 a 152, disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/80820/84467>;
  
- **MOREIRA, Sónia**, *A capacidade dos menores para consentir actos médicos na ordem jurídica portuguesa*, in Anuário de Direitos Humanos, n.º 0, 2017, pp. 139 a 166, encontrando-se disponível para consulta no seguinte endereço: [https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/49556/1/21-Menores%20Actos%20médicosANUARIO n 0 2017.pdf](https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/49556/1/21-Menores%20Actos%20médicosANUARIO%20n%200%202017.pdf);
  
- **PRATA, Cláudia Alves**, *As testemunhas de jeová e a discriminação no acesso a tratamentos isentos de sangue*, in e-publica, Vol. 3, n.º 2, Novembro de 2016, pp. 160 a 193, disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v3n2/v3n2a08.pdf>;
  
- **RAPOSO, Vera Lúcia**, *“Do Regime das Intervenções Médico-Cirúrgicas Arbitrárias no Código Penal Português*, in Revista Peruana de Ciências Penales, 1 de Novembro de 2013, pp. 1 a 22., disponível para consulta no seguinte endereço: [http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo\\_VLR -](http://www.vda.pt/xms/files/Publicacoes/Artigo_VLR_-)

[Do Regime das Intervencoes Medico-Cirurgicas Arbitrarias no Codigo Penal Portugues -Out2013-.pdf;](#)

- **Revista da Ordem dos Médicos** referente à recusa de transfusão de sangue por parte de uma grávida, pp. 44 e 45, <https://ordemdosmedicos.pt/revista-da-ordem-dos-medicos/1997-2/junho-1997/>;

- **SANTOS, Laura Ferreira**, *A Recusa de Tratamento Médico em Portugal: Questões de Filosofia, Direito, Saúde e Educação*, Parecer N.º 19 da Comissão de Ética para a Saúde da Administração Regional da Saúde do Norte, 2010, pp. 23 a 47, encontra-se disponível para consulta no seguinte endereço: <https://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/15260/1/Recusa%20de%20tratamento.pdf>;

- **SOARES, Jorge e ASCENSÃO, J. P. Ramos**, *Relatório – Parecer sobre a objecção ao uso de sangue e derivados para fins terapêuticos por motivos religiosos*, Conselho Nacional de Ética para as Ciências da Vida, Presidência do Conselho de Ministros, 2005, pp. 1 a 29, disponível para consulta no seguinte endereço: [http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054505\\_P046\\_RelatorioTestemunhasJeova.pdf](http://www.cnecv.pt/admin/files/data/docs/1273054505_P046_RelatorioTestemunhasJeova.pdf);

- **WILLIAMS, Sarah**, *Against the flow – what's behind the decline in blood transfusions?*, in *Stanford Medicine*, Spring, 2013, pp. 24 a 30, disponível em: [http://sm.stanford.edu/archive/stanmed/2013spring/documents/medmag\\_2013spring.pdf](http://sm.stanford.edu/archive/stanmed/2013spring/documents/medmag_2013spring.pdf).

## **b. Jurisprudência e Pareceres**

- Ac. do STJ, 1ª Secção, de 02 de Junho de 2015, Processo N.º 1263/06.3TVPRT.P1.S1, relatado pela Conselheira Maria Clara Sottomayor, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/13c2cea356c7279080257e590036948b?OpenDocument>;
- Ac. do STJ, 2ª Secção, 09 de Outubro de 2014, Processo N.º 3925/07.9TVPRT.P1.S1, relatado por João Bernardo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/-/F80B5C5850AFDFB780257D6D003027BF>;
- Ac. do TRC, de 11 de Novembro de 2014, Processo N.º 308/09.0TBCBR.C1, relatado por Jorge Arcanjo, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrc.nsf/c3fb530030ea1c61802568d9005cd5bb/a446896db6013d3180257d940037da01?OpenDocument>;
- Ac. TRL, de 30 de Janeiro de 2007, Processo N.º 5335/2006-5, relatado pelo Conselheiro José Adriano, disponível em: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/59463ae15fd7d48780257287003cd567?OpenDocument>;
- Caso *Dolores Heston* - "*John. F. Kennedy Memorial Hospital v. Heston*", disponível em: <https://law.justia.com/cases/new-jersey/supreme-court/1971/58-n-j-576-0.html>;
- Caso *Jesse Jones* - poderão ser consultadas mais informações em: <https://scholar.valpo.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2110&context=vulr>;
- Caso *Nancy Cruzan* - para uma análise mais profunda vide: [https://scholar.google.com/scholar\\_case?case=3175542170381519302&hl=en&as\\_sdt=6&as\\_vis=1&oi=scholar](https://scholar.google.com/scholar_case?case=3175542170381519302&hl=en&as_sdt=6&as_vis=1&oi=scholar);

- Caso *Theresa Shiavo* – disponível para análise em: <http://abstractappeal.com/schiavo/trialctorder02-00.pdf> e também no seguinte endereço: <http://abstractappeal.com/schiavo/2dcaorder01-01.txt>;

- Parecer 46/CNECV/2005, Comité Nacional de Ética para as Ciências da Vida - [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054487\\_P046\\_ParecerTestemunhasJeova.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1273054487_P046_ParecerTestemunhasJeova.pdf);

- Parecer 59/CNECV/2010, Comité Nacional de Ética para as Ciências da Vida - [http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293115760\\_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf](http://www.cneqv.pt/admin/files/data/docs/1293115760_Parecer%2059%20CNECV%202010%20DAV.pdf);

### **c. Publicações de Imprensa**

- Notícia *Jornal Público*: sobre o recurso à medicina estética - <https://www.publico.pt/2017/07/23/sociedade/noticia/medicina-estetica-a-seringa-antes-do-bisturi-1779807>;

- Notícia *The Wall Street Journal*: relacionada aos custos associados às transfusões de sangue - *The Wall Street Journal*, por Louise Radnofsky, <https://www.wsj.com/articles/SB10001424127887323494504578340962879110432>;

- Reportagem *TVI*: riscos das transfusões de sangue e encobrimento de casos - <http://www.tvi24.iol.pt/videos/sociedade/noticiatvisanguecontaminado/5b05be7a0cf248a37235854b#/iol/login>.